Ril
Revista de Informação Legislativa
nº 203
Brasília | julho – setembro/2014
Ano 51
SENADO FEDERAL

FUNDADORES
Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETOR-GERAL: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho
SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS
COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINAIS: Kilpatrick Campelo e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi. REVISÃO DE PROVAS: Larissa Fernandes, Stella Tavares e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Letícia Tôrres. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Gustavo Magalhães. FOTO DA CAPA: Sandra Bethlem.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964.
Trimestral.
Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198 , publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50- , n. 199- , publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da
Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br

Sumário

O Decreto nº 8.243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira

EDUARDO C. B. BITTAR

Sumário

1. Democracia, lei e modernidade incompleta

Há muitas formas de se construírem narrativas a respeito da realidade brasileira. Aquela que vimos ensaiando nestes últimos anos, especialmente considerada a situação do direito brasileiro, desde a publicação de *O direito na pós-modernidade,* revela que chegamos à *pós-modernidade* sem nunca termos encerrado nosso ciclo de modernização, o que nos diz que nossa *modernidade* é, acima de tudo, uma *modernidade incompleta*[1]. Admitir que a modernidade brasileira é uma modernidade incompleta, em tempos pós-modernos, traz sérias implicações, na medida em que nos faz perceber o conjunto de déficits não superados no processo de desenvolvimento social, político, econômico, cultural e moral.

A modernidade em crise também gera todo tipo de abordagem e perspectiva de compreensão, inclusive do ponto de vista sociológico. Se o processo de modernização implica destradicionalização e individualização, segundo alguns diagnósticos, o que se vive hodiernamente estaria no registro do próprio exercício da liberdade, e não no registro da

Eduardo C. B. Bittar é livre-docente e doutor, professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos – ANDHEP (2009-2010). É pesquisador e 2º vice-presidente da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI.

[1] "Se se vai tratar da realidade brasileira, é necessário destacar o problema do subdesenvolvimento como característica determinante da simultaneidade entre pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade" (BITTAR, 2009, p. 220-221).

crise, visto que liberdade implica certo nível de instabilidade, inconstância e indeterminação[2]. Essa leitura reporta ao pensamento de Ulrich Beck, quando afirma que todo o processo sociológico contemporâneo apenas revela a *liberdade* transformadora de *valores,* e que o vácuo deixado sobre a sociedade corresponde a uma transformação na superfície das crenças, práticas, costumes e padrões de comportamento. É discordando desse diagnóstico que se afirma que a crise é mais ampla, mais larga e mais bem dimensionada se compreendida na perspectiva da *crise da modernidade como modelo,* ou *como projeto*, o que incendeia a consciência das ciências humanas contemporâneas, levando à necessidade de revisão de debate a que se tem procedido nos últimos anos.

As consequências seja do processo de modernização, seja dos déficits vividos em seu interior – inclusive e sobretudo, em choque entre si –, constituem os grandes desafios da consolidação democrática no Brasil contemporâneo, tornando a sensação de que a utopia perdeu o seu lugar, seja no discurso, seja na prática das ações sociais[3]. Do ponto de vista da realidade brasileira, para a qual sequer os ideais liberais foram plenamente absorvidos[4], atualmente ocupando a 79ª posição no IDH, com marcas da baixa credibilidade das instituições e das funções essenciais à justiça, da pobreza, de altas desigualdades sociais, clivagem classista, discriminação, graves violações de direitos humanos, elevados índices de violência, convívio diuturno com casos de tortura, e déficits sociais profundos, tem-se de considerar que esses fatores têm de traduzir a capacidade analítica de identificar que, na realidade brasileira, se colhem os indícios da falta de consolidação de uma consciência sobre o valor do respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos e à igualdade, encontrando-se aí elementos que traçam o precário estágio de consolidação dos valores contidos nas normas de direitos humanos. Por isso, os desafios à consolidação democrática e à cultura dos direitos humanos são inúmeros.

Nessa medida, o diagnóstico histórico e empírico permite identificar evidências a respeito da *incompletude* do processo de *modernização* na realidade brasileira[5]. Apesar do tema dos direitos humanos vir ganhando força e compreensão, enfrentar desafios e alcançar maior relevância no desenho de inúmeras instituições sociais, há grave saldo social a superar. Nesse plano, não se pode esquecer que a Constituição Cidadã é recente (1988)[6], cujo papel na redemocratização foi de fundamental importância, abrindo campo para uma série de conquistas no plano dos direitos humanos. O 1º PNDH (1996), seguido do 2º PNDH (2002) e do 3º PNDH (2009)[7], deixam registrados o galopar do tratamento evolutivo da matéria, registrando que a cultura dos direitos humanos passa a tornar-se linguagem que identifica o perfil de governo, traça diálogos com a sociedade civil, e demarca campos de atuação cada vez mais extensos. Nesse sentido, a documentalização jurídica dos direitos humanos tem evoluído no País, ainda que se deva considerar seu caráter

[2] "*Sufrimos, pues, de libertad y no de crisis*" (BECK, 2006, p. 10).

[3] "O crime organizado e armado – que também conta com o envolvimento de adolescentes –, a omissão prolongada do Estado e a situação de pobreza da maior parte da nossa população parecem compor um cenário pouco favorável para se trabalhar com e a partir da utopia" (BAZÍLIO; KRAMER, 2011, p. 120).

[4] A respeito, *vide* o estudo historiográfico de MOTA (2008, p. 339; 395).

[5] Tem-se por base o *4º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil* (2010).

[6] Sobre o período, consulte-se MOTA (2010, p. 112-138).

[7] *Vide* ADORNO (2010, p. 5-20).

recente entre nós. Essa condição atual faz com que, em alguns setores, as conquistas sejam expressivas, e devam ser comemoradas, e que, em outros setores, haja inúmeras modificações a serem implementadas, e que, em outros ainda, haja largas tarefas de rememoração do passado a serem trabalhadas.

Pelo que se percebe, os desafios são muitos e podem ser qualificados pelo conjunto das pesquisas empíricas que revelam os índices de pobreza, desigualdade, miséria, e falta de acesso aos direitos sociais básicos, ao lado dos índices que comprovam, simultaneamente, os dados decorrentes da corrupção, do desmando, do abuso de poder, de impunidade, do uso desmedido da força, de violência policial, de crescimento das taxas de homicídio doloso e das práticas criminosas organizadas. O embrutecimento e a truculência, o cinismo e a irritabilidade, as intolerâncias, como características do convívio social, na realidade brasileira, são notórias, fazendo com que a violência venha permeando as relações, diluindo-as por dentro, tornando o convívio social degradado, exasperado, desonesto e cada vez mais desconstruído como possibilidade.

Em ambas as fronteiras nas quais se procure pensar os desafios da democracia na realidade brasileira, encontra-se a incapacidade de fixação comportamental e institucional de isonômicos parâmetros legais comuns. Vive-se um estado de coisas em que a lei não impregna o cotidiano, e, por isso, remanesce como *letra-da-lei*, enquanto as relações se fazem *apesar-da-lei*. É exatamente isso que nos faz ter de recuar na análise em direção a fatores constitutivos dessa realidade *dada* como uma realidade *construída* sobre um *jogo de condições históricas* que não permite alcançar outra condição, senão aquela na qual se está imerso. A modernidade periférica brasileira está constituída por traços que encobrem, na incapacidade de fazer valer sua legislação e suas instituições, suas matrizes reais e históricas.

2. Democracia, lei e tradição autoritária

Na era dos "descobrimentos", a sociedade nova criada por Portugal trouxe consigo tudo o que tinha de continuidade e tradição, o que configura até hoje um de nossos fundamentais traços de uma sociedade que oscila entre a modernidade e a tradição, como se pode constatar a partir da contribuição das análises históricas de Francisco Weffort[8]. Da mesma forma, nas análises antropológicas de Roberto DaMatta, o País

---

[8] "A conquista criou aqui uma sociedade nova, mas, desde o início, marcada pela continuidade de algumas tradições da velha sociedade ibérica e medieval. Embora tenha custado, na prática, algumas rupturas com a tradição, a nova sociedade se apoiou na convicção da continuidade dos valores. Essa continuidade é um dos traços constitutivos, 'uma das marcas

está constituído por forças contraditórias: de um lado, de modernidade; de outro lado, ao que há de mais antigo e defasado – e isso caracteriza e singulariza o Brasil[9].

A partir daí, a "marca original" reproduz-se em diversas manifestações da história brasileira, sabendo-se que a identidade recente e ainda em construção de suas instituições não permite falar em matrizes consolidadas em quaisquer níveis. Os paradoxos de um Brasil que avança por etapas de consolidação de sua modernidade política, jurídica, econômica, social e cultural, convivendo com fortes heranças históricas de pré-modernidade, leva a um cenário de dificuldades acerbas na gestão democrática contemporânea. A cultura do *não-direito*, da vacuidade ou inexpressividade da lei, é uma dessas heranças.

Num rápido relance, a *autonomia da lei* brasileira é recente, e data do período imperial, quando a independência permitiu o início do processo de construção da legislação pátria. Até então, a legislação era basicamente portuguesa, também considerada a franca *anomia legal* das terras colonizadas – decorrente de um processo de feitorização e não propriamente de colonização, conforme analisa Sérgio Buarque de Holanda[10] –, e a miscigenação de valores, costumes e práticas à distância da metrópole. Ainda assim, em todo o seu período histórico constituinte, dá-se como expressão de dominação, e não como expressão de luta ou conquista popular[11].

Sob essas condições, a lei é uma forma de revestimento para relações sociais de dominação, em que *senhor* e *escravo*, *colonizador* e *indígena*, *missionário* e *prosélito, civilizado* e *bugre, dominador* e *dominado* se encontram em polos opostos e codependentes, amenizados pela pessoalidade do destino comum em terras distantes e inóspitas, onde se dará a fermentação de um processo sociocultural, econômico e político, de singular expressão. A lei concede direitos ao *senhor plenipotenciário*, e impõe deveres e rigores a *dependentes, súditos* e *escravos*. O *patriarcalismo* e o *hiperindividualismo* dos dominantes são autorizações para a ocupação de terras extensas e para as quais se procura produtividade, lucro e controle[12].

---

e cicatrizes' do nosso caráter, com sua peculiar capacidade de conviver em meio a tendências diferentes, e mesmo contraditórias, de comportamento" (WEFFORT, 2012, p. 216).

[9] "De um lado, ela é moderna e eletrônica, mas de outro é uma chave antiga e trabalhada pelos anos" (DAMATTA, 1986, p. 19).

[10] "Mesmo em seus melhores momentos, a obra realizada no Brasil pelos portugueses teve um caráter mais acentuado de feitorização do que de colonização" (HOLANDA, 2004, p. 107).

[11] A respeito, *vide* FONSECA; SEELANDER, 2008.

[12] Os dois trechos seguintes são significativos a respeito: "É que patriarcalismo para ele tem a ver com o fato de que não existem limites à autoridade pessoal do senhor de terras e escravos. Não existe justiça superior a ele, como em Portugal era o caso da justiça da

A história do republicanismo não foi capaz de construir cidadania em suas origens[13], e a própria história da democracia é de recente significação entre nós, e não soma mais do que um punhado de décadas. Seu caráter recente e ainda tímido fortalece a tese de que a democracia política, apesar de ser importante conquista, é insuficiente elemento para fazer face a todos os demais déficits acumulados por uma história marcada por genocídio indígena, escravidão da mão de obra negra, imperialismo, autoritarismo e interrupções da ordem democrática. Não por outra via, percebe-se que a lei e a democracia assumem ainda sentido banal na determinação dos coeficientes de convívio, dado que nossas matrizes sociais, culturais e econômicas estão sedimentadas sobre outros pilares.

A lei, assim, fica à mercê dos desmandos do poder político, e pode ser *instituída*, ou cassada, conforme a oportunidade política. Acima de tudo, percebe-se que nos fluxos e refluxos dos diversos períodos históricos brasileiros mais recentes, é a *despeito da lei* que se exerce o poder: na Era Vargas (1930-1945) e na Ditadura Civil-Militar (1964-1985), num curto período de 60 anos[14], o *autoritarismo* apenas restaura a relação entre a *vontade do detentor* (senhor) do poder político e o franco *poder de disposição* sobre os comandados (súditos). Os estudos mais detidos sobre o tema demonstram que a *aparência de legalidade* era suficiente para manter todo o sistema e todo o aparato em pleno funcionamento, como se nada estivesse substancialmente alterado na rotina de revezamento e desmando no poder[15]. A relação de *isonomia* entre detentores do poder e destinatários do poder ainda é precariamente constituída em nossa história, o que faz com que a lógica de outrora (escravos e índios) tenha histórias de continuidade (cidadãos e cidadãs).

O importante papel desempenhado pelos movimentos sociais na redemocratização batizou o potencial de um período histórico, no qual a conquista e a realização de patamares liberais de convívio são por si mesmos, considerando o legado histórico permeado em práticas e instituições, um imenso desafio[16]. Nesse sentido, a superação da tradição autoritária passa pela diluição do resto de forças ainda consentidas e abertas aos ventos retrógrados do passado antiliberal, truculento e perverso que decorre do legado moribundo, mas ativo, da recém-desvanecida Ditadura Civil-Militar brasileira.

Igreja que decidia em última instância querelas seculares, não existia também poder policial independente que lhe pudesse exigir cumprimentos do contrato...” (SOUZA, 2006, p. 117); “O senhor de terras e escravos era um hiperindivíduo, não o super-homem futurista nietzschiano que obedece aos próprios valores que supostamente cria, mas o super-homem do passado, o bárbaro sem qualquer noção internalizada de limites em relação aos seus impulsos primários” (SOUZA, 2006, p. 118).

[13] “A própria proclamação da República não significou o estabelecimento de uma política de defesa da cidadania; ao contrário, as lutas sociais das duas primeiras décadas republicanas reafirmaram as crítica feitas a uma República controlada ora por militares, ora por um pacto de elites que manteve a cidadania restrita ao poder econômico, reduzindo os espaços de representação a proprietários de terras e a contribuintes do fisco: um pequeno universo de não mais de 5% da população” (Viola, 2008, p. 71).

[14] “A partir de 1930, num espaço de 60 anos, o país foi submetido a duas ditaduras, a de Vargas (de 1930 a 1945) e a imposta pelo golpe de Estado de 1964, que durou até 1984, completando 35 anos de ditadura que serviram para consolidar uma nova forma de dominação” (VIOLA, 2008, p. 73-74).

[15] “Levemos em conta uma das características mais decisivas da ditadura brasileira: sua legalidade aparente ou, para ser mais preciso, sua capacidade de reduzir a legalidade à dimensão da aparência [...]. Uma ditadura que se servia da legalidade para transformar seu poder soberano de suspender a lei, de designar terroristas, de assassinar opositores, em um arbítrio absolutamente traumático” (TELES; SAFATLE; VLADIMIR, 2010, p. 251).

[16] “No caso do Brasil, os direitos humanos são tratados como conquistas dos movimentos sociais em suas lutas contra a sociedade político-militar e suas diferentes manifestações de autoritarismo. Seus defensores traziam consigo, como meta utópica, uma democracia compreendida como uma cultura socialmente compartilhada pela sociedade e voltada para a produção da igualdade e da justiça social – ou seja, os direitos humanos em sua dimensão indivisível” (VIOLA, 2008, p. 67-68).

É preciso vencer os resquícios do autoritarismo e da opinião política antiliberal para que o País possa avançar na consolidação da democracia. Atualmente, quando dos 50 anos corridos de rememoração do golpe, vale afirmar que os restos da ditadura estão por toda parte, entranhados na forma como nos constituímos seres de socialização precária, seres sem cidadania, e ainda infensos à capacidade de nos entendermos partícipes do poder e, por isso, corresponsáveis pelo que é comum, respirando o tempo todo na forma truculenta do agir o modo de se socializar.

Certamente, um povo que conquista a democracia dela não abre mão. Um povo que a percebe de significativa importância também não se desabriga do que lhe é fundamental, por meio do debate sobre os direitos humanos, que lhe são coadjuvantes[17]. A democracia vale pelo que dela se afirma, e vale pelo que é capaz de afirmar, em seu sistema político. Porém, a democracia também vale por sua negação: na sua falta sente-se o seu valor próprio. O conjunto de pressões decorrentes do autoritarismo de Estado, sob a Ditadura Civil-Militar, também provocou o aparecimento da reação popular que lhe é afeta[18], com efeitos positivos no que tange à organização da sociedade civil, à criação de partidos políticos de matizes democráticos e de ampliação dos horizontes de participação social democrática[19].

Após a luta pela redemocratização[20], ainda restam legados diretos e indiretos dos autoritarismos do século XX, e, em especial, da Ditadura Civil-Militar *entre* e *em* nós[21]. Restam, no entanto, somadas às mazelas legais, institucionais, aos mártires do passado trágico dos desmandos e abusos daquele período, as sequelas nos corpos, mentes e espíritos, nas

---

[17] A própria reconquista da democracia veio, aos poucos, pela legitimidade do discurso dos direitos humanos: "A reorganização do povo oprimido ocorreu ainda em plena ditadura, por meio das lutas em defesa dos direitos humanos. Aproveitando as contradições do próprio sistema, a sociedade civil foi lentamente se reorganizando e criando comitê de luta contra a carestia – milhares deles se pondo em defesa da anistia, a ponto de, em consequência, conseguirem organizar manifestações em favor das eleições diretas e da constituinte nacional soberana" (VIOLA, 2008, p. 75).

[18] Sobre a efervescência social de resistência e perda de legitimidade do autoritarismo brasileiro: "A mediados de los años setenta comienza a darse en Brasil lo que se denominó surgimiento de una sociedad civil autónoma y democrática" (AVRITZER, 2002, p. 121).

[19] "La resistencia al régimen militar y la lucha por la democratización durante los años setenta y ochenta son absolutamente fundamentales para el análisis de la sociedade civil em Brasil, pues fue precisamente durante este período que la sociedad civil reveló, más acentuadamente, formas de participación muy particulares en relación con los años anteriores" (TEIXEIRA; DAGNINO; SILVA, 2002, p. 46).

[20] Sobre o relato sobre a árdua tarefa de resistência e luta dos movimentos sociais, leia-se: "Já no segundo período, no decorrer da liberalização, a sociedade civil já estava articulada, e os movimentos sociais encontraram bandeiras políticas como a luta pela anistia e pelo fim da lei de segurança nacional. Por fim, no terceiro período, a sociedade civil já se encontrava reorganizada e lutava pela redemocratização, assumindo as bandeiras das eleições diretas e da constituinte soberana" (VIOLA, 2008, p. 107).

[21] A respeito, *vide* TELES; SAFATLE, 2010.

práticas, nas instituições, nas impunidades e nas distorções, nos medos e nos desmandos de hoje, na cultura do *grito* e da *ordem*, nas ausências e nas presenças não revistas e não *ressignificadas*, que uma justiça de transição ainda terá a tarefa de expurgar aos poucos.

A ditadura deixa seu legado de autoritarismo, devastação político--institucional da democracia e saldos humanos tétricos; mas um dos piores legados deixados por ela é o trágico projeto de desenvolvimentismo, que apenas adiou repressivamente o atendimento das demandas sociais e achatou a conquista de direitos por parte significativa da população alijada, gerando uma bomba de efeito retardado, que estoura na atualidade das impossibilidades urbanas, na devastação ambiental, na educação--treinamento, na continuidade da dominação latifundiária no campo. Eis um adiamento no plano dos direitos, especialmente sociais, que torna explosiva a dimensão da cidadania contemporânea.

Por isso, na releitura do passado, é necessário vincular também ao arbítrio do governo de exceção o conjunto de políticas inconsequentes que geraram, ao contrário do milagre econômico cifrado, um processo de *modernização catastrófica* que deixa sequelas irreversíveis no contexto de desenvolvimento atual, uma vez que a *modernidade* entendida como *projeto* de *urbanização* e *industrialização* foi a aposta desconcertada[22] que, desacompanhada de quaisquer demais preocupações, haveria de trazer o País à equação das impossibilidades que atualmente desgastam o papel da recuperação democrática pós-85. Não somente a democracia de hoje se estabelece sobre os escombros da ditadura de ontem, convivendo com índices de violência aterradores[23], mas também lega desta um peso de apuração com o passado que torna o processo de consolidação e afirmação ainda mais denso e complexo do que se poderia projetar.

A partir daí, fica mais claro pensar que o desafio da lei e da democracia não se basta na pura postura de cultivo da impessoalidade da legislação e na universalidade dos valores liberais; o saldo que se colhe dessa análise cobra um esforço maior de recuperação dos fatores que nos afastam da plenificação da democracia. Percebe-se que se está diante de um caldo

---

[22] "La lucha por la democratización en Brasil se desarrolló sobre todo a nível local, ya que las ciudades brasileñas fueron el lugar central en la construcción del proyecto de modernización cuyos ejes principales fueron la industrialización y la urbanización. La mayor parte de las grandes ciudades brasileñas creció dramaticamente entre 1950 y 1980" (AVRITZER, 2002, p. 120).

[23] "A violência e a criminalidade têm demonstrado índices cada vez maiores na maior parte da América Latina, especialmente no Brasil, que, desde os anos 1980, apresenta a terceira maior taxa de homicídio das Américas. Nos grandes centros urbanos brasileiros, os níveis de violência alcançaram índices superiores aos daqueles que viveram ou vivem em guerra declarada, conforme demonstram as estatísticas comparadas de mortes nas metrópoles brasileiras (mais de quarenta mortes por arma de fogo por dia) com as de regiões como o Oriente Médio, os Bálcãs e a Colômbia" (VIOLA, 2008, p. 45).

histórico complexo, que envolve autoritarismo, desigualdade e violência, e que deve ser enfrentado com democracia, igualdade e solidariedade, para o que o cultivo de valores que potencializam novos patamares de socialização. A *educação para o não-retorno* tem a colaborar nessa dimensão, e tem a afirmar a importância da consciência crítica e histórica, cheia de memória da ausência de cidadania[24], na medida em que se propõe a representar uma forma de reação ao modelo de sociedade que consente o convívio com a *barbárie desbarbarizada* do quotidiano.

3. Democracia, lei e assimetrias sociais

Ainda que restaurada a democracia, a ordem constitucional e a integralidade do princípio da legalidade, convive-se com a *cidadania-inteira*, a *meia-cidadania* e a *não cidadania*. Ainda pior: é possível que essas instâncias sejam naturalizadas e se degradem de uma hora para outra, por uma ordem de *cidadania-instável* à mercê da revogação abrupta das formas de *cidadania-inteira* a *meia-cidadania,* de *meia-cidadania* a *não cidadania*, considerando-se variáveis político-econômicas. Em seu estudo *Individualismo e cultura*, o antropólogo Gilberto Velho constata e descreve a existência de um traço de hierarquia na matriz cultural brasileira que torna deplorável a capacidade de fazer valer na prática a *cidadania formal* e *isonômica* a todos[25]. A explicação mais corriqueira e comum para a questão da ausência de *lei, regra* e *direitos* isonômicos para todos normalmente decorre do raciocínio segundo o qual os direitos acompanham o *status econômico* do indivíduo, de modo que as classes mais precarizadas seriam as mais vulneráveis, e quase que exclusivamente atingidas pela ausência de direitos ou pelo não acesso a eles.

Todavia, a situação do Brasil é ainda mais dramática do que a já inadmissível relativização da *eficácia dos direitos* conforme a *condição econômica* do indivíduo e sua posição na *sociedade de classes,* o que acaba sempre produzindo a fragilização das partes da sociedade que mais care-

---

[24] Na perspectiva da educação em direitos humanos, não se trata de ignorar a violência do cotidiano, mas conscientizar para a historicidade do seu fato presente: "E a solução do problema só pode ser encontrada se admitirmos que a violência está arraigada na nossa tradição e, sobretudo, só será combatida quando o uso da violência contra qualquer cidadão brasileiro se tornar inaceitável" (BAZÍLIO; KRAMER, 2011, p. 123).

[25] "[...] embora não seja exclusivo, o modelo hierarquizante atua de maneira decisiva na sociedade brasileira. Somando-se a isso a onipresença do Estado, encontramos os limites do indivíduo enquanto sujeito moral e político. Essas são algumas das razões para a fragilidade da noção de cidadania no nosso país. Embora na lei tenhamos, de um modo geral, definidos direitos e liberdades extensivos a todos os membros da sociedade brasileira, na prática temos cidadãos de primeira, segunda e terceira classes e mesmo não-cidadãos, isto é, indivíduos sem voz, sem espaço e sem nenhum respaldo real nas instituições vigentes. Os exemplos são tantos que seria maçante enunciá-los" (VELHO, 2004, p. 146).

cem da implementação dos direitos econômicos e sociais[26]. Se a exclusão social é um grave fator de comprometimento dos direitos[27], a situação do Brasil é ainda mais dramática, na medida em que não é apenas a *pobreza* que é atingida pela falta de direitos, mas também a *riqueza*[28]. É certo que a riqueza tem os recursos para buscar alternativas e soluções, para se furtar das consequências da ausência de direitos, ou para minorá-las, desviando-se de vivenciar e padecer os efeitos da perversidade dos indivíduos, da ineficácia das instituições e da inefetividade dos direitos. A pobreza é mais rudemente castigada pela ausência direta de acesso a direitos, o que significa estar exposta à carência, ao abandono, ao desprovimento de informações e conhecimentos, até a submissão à qualidade de serviços públicos precários, como transporte e saúde, até a vulnerabilidade perante o poder de disposição da polícia. No entanto, deve-se frisar que todas as classes sociais padecem os efeitos negativos da *semivigência* da ordem jurídica na realidade brasileira, o que apenas acentua a vocação para as distorções no processo de implementação, fiscalização, cumprimento e aplicação das leis. Assim considerada a gravidade da situação brasileira, é de interesse comum de todas as classes a implementação de uma cidadania fortalecida e comprometida com a cultura de respeito aos direitos de todos e de cada um.

Em sua genuína e inteira concepção, a cidadania não é um privilégio de classe, mas um fator de isonomia que transpassa as relações de classe, para afirmar-se na impessoalidade e na universalidade dos sujeitos de direitos. A grave dificuldade para o despontar e a consolidação da cidadania tem, na hipótese de Gilberto Velho, raízes bem definidas pela combinação de *individualismo* (sociedade) e *autoritarismo* (Estado), sabendo-se que cidadania requer para florescer exatamente o oposto, ou seja, *solidariedade* (sociedade) e *liberdades democráticas* (Estado)[29]. Assim, a questão econômica é importante, decisiva e constitutiva, mas não fator único e exclusivo do jogo de resistência à afirmação da cultura da legalidade, da cidadania e dos direitos.

Em toda a história brasileira, o capitalismo surgido de "fora", descarnado de contexto, ideais liberais ou instituições, sempre jogou a favor de regras econômicas despidas de cidadania e direitos, o que nos faz ver a subcidadania de hoje como efeito das ausências históricas em capítulos essenciais à vida dos indivíduos e à vida dos grupos[30]. Na perspectiva dessa avaliação, o sis-

[26] "Uma vez consolidados os direitos civis e políticos, as lutas pela redemocratização não foram suficientes para a superação das políticas de exclusão social, que, ao contrário, em razão da mundialização da economia e do crescimento das desigualdades entre países ricos e países pobres, dificultam a efetivação dos direitos sociais e econômicos" (VIOLA, 2008, p. 50).

[27] "Abordar a violência ao lado da questão da desigualdade e da exclusão (e de seus riscos maiores, a escravidão e a eliminação ou o extermínio) significa levar em conta os complexos processos de socialização vividos na história passada e na contemporânea" (BAZÍLIO; KRAMER, 2011, p. 123).

[28] "É importante chamar atenção de que não se trata de um problema que possa ser explicado apenas em função da pobreza, miséria, má distribuição de renda etc. Sem dúvida, os membros das camadas de baixa renda vivenciam com mais constância e dramaticidade a ausência de direitos e garantias. Mas em termos de um sistema cultural, de um universo de representações, há que salientar que, a não ser nos exemplos mais óbvios e ostensivos de demonstração de poder, indivíduos de diferentes estratos estão sujeitos a serem violentados nos direitos definidos na letra da lei" (VELHO, 2004, p. 146-147).

[29] "O exercício da cidadania é constantemente identificado com subversão. Este, no meu entender, de uma forma muito resumida é o ponto fundamental para discutir o problema da violência. A ambiguidade hierarquia-individualismo e o autoritarismo do Estado combinam-se para impedir o florescimento da noção de cidadão" (VELHO, 2004, p. 148).

[30] "A 'importação' do capitalismo de 'fora para dentro' e através, antes de tudo, de suas 'práticas institucionais', sem o contexto ideacional de fundo moral, religioso e cognitivo, que na Europa transformou-se em fermento revolucionário, o qual acompanhou a entronização da lógica econômica do capitalismo e logrou modificar e generalizar, por conta de ideias morais, religiosas e políticas, um patamar de igual-

tema econômico capitalista, a exploração entre classes, as desigualdades, não caminham como condições únicas para a questão do *desrespeito à lei* ou para a construção de uma cultura socialmente comum de *cidadania* entre nós. Estas se somam a precedentes histórico-culturais, decorrentes do processo de colonização, que construíram o solo sobre o qual as demais distorções do capitalismo nacional passaram a fomentar desigualdades e assimetrias que são o avesso da cultura dos direitos[31].

Assim, quando se recorre a outras concepções teóricas, como a de Jessé de Souza, analisando a obra de Gilberto Freire, percebe-se a mesma preocupação em torno do processo de formação brasileira, a partir da qual transparecem fatores que não podem ser obscurecidos quando se quer ver no passado a semente do presente. Na origem do Brasil, depreende-se a superposição de uma dimensão do *privado fortalecido* (plenipotenciário, autoritário, defensivo, egoísta, explorador), diante do amplo saldo de séculos de distância e abandono, no que tange ao colonizador, em face de uma outra dimensão, de um *público enfraquecido* (distante, ausente, inexistente, presente somente como punição), a falta de revelação da aposta e construção que marcou todo o período histórico da colonização predatória e exploratória[32]. Nas raízes do patriarcalismo e do personalismo brasileiros estão muitas das mazelas do mundo contemporâneo[33], sabendo-se que a organização social mantida com base nos laços privados tende a fomentar uma formação distorcida de sociedade, em que o sadomasoquismo ainda hoje pode se manifestar como *patologia social* a impossibilitar o resguardo adequado do conceito de cidadania[34].

O *direito do papel*, o *direito do código*, o *direito da letra da lei*, o *direito dos cartórios* parece existir numa perspectiva dissociada de um conjunto de demais práticas sociais, que espontaneamente se multiplicam à revelia e com destemor da universalidade dos mandamentos da ordem constitucional, dissociação que está no contraste de origem do processo de formação brasileiro. Na dimensão de cotidiano, a *cultura de pessoalidade* predomina sobre a *cultura da impessoalidade,* sabendo-se que esta última seria aquela mais favorável à universalização de preceitos e princípios afeitos à propagação da cultura dos direitos. A *cultura da pessoalidade* é aquela que decorre diretamente do espaço da *casa, da amizade, do privado,* e é aquela que acostuma aquele que lhe é próximo à sua proteção; e, ao contrário, aquele que lhe é distante, a

---

dade efetivo, infra e ultrajurídico, teve, no Brasil, um outro destino" (SOUZA, 2006, p. 185).

[31] "A exploração econômica desenvolve-se, portanto, dentro do capitalismo brasileiro associada a uma visão hierarquizante da sociedade que não se limita a legitimar mas, na realidade, criou e predeterminou as diferenças que são a condição da própria exploração" (VELHO, 2004, p. 148).

[32] Remetendo à leitura de "Casa grande e senzala", de Gilberto Freire: "De certa forma, Gilberto retira todas as conseqüências do fato de que a família é a unidade básica, dada a distância do Estado português e de suas instituições, da formação brasileira, e interpreta o drama social da época sob a égide de um conceito psicoanalítico: o de sadomasoquismo" (SOUZA, 2006, p. 114).

[33] "[...] pela delegação da tarefa a particulares, antes estimulando do que coibindo o privatismo e a ânsia de posse. Para Gilberto, é de fundamental importância para a compreensão da singularidade do personalismo brasileiro a influência continuada e marcante dessa semente original" (Souza, 2006, p. 117).

[34] "Na dimensão social, as rivalidades entre vizinhos tomam por completo também todos os seres que se identificam em linha vertical com os respectivos senhores. Nesse sentido, uma espessa rede de intrigas, invejas, ódios e afetos contraditórios é percebido como congênito a esse tipo de organização social. Estamos lidando, no caso brasileiro, na verdade, com um conceito limite de sociedade, onde a ausência de instituições intermediárias faz com que o elemento familístico seja seu componente principal. Daí que o drama específico dessa forma societária possa ser descrito a partir de categorias social-psicológicas cuja gênese aponta para as relações sociais ditas primárias. É precisamente como uma sociedade constitutiva e estruturalmente sadomasoquista, no sentido de uma patologia social específica, em que a dor alheia, o não reconhecimento da alteridade e a perversão do prazer transforma-se em objetivo máximo das relações interpessoais, que Gilberto Freyre interpreta a semente essencial do patriarcalismo brasileiro" (SOUZA, 2006, p. 115).

indiferença, ou, no limite, o ódio, a desconfiança estrangeira, o desprezo, a indiferença ou a lei. A *cultura da pessoalidade* é propriamente um traço cultural que favorece a *burla do direito*, que concede espaço para a negociação nas *entrelinhas da lei*, que negocia os *termos da lei*, que *escapa à lei*, que samba e rebola na *frente da lei e das instituições*[35], Trata-se de um modo de fazer as coisas em que se evidencia o *jeitinho brasileiro* como uma característica marcante do povo brasileiro, sendo a personagem do malandro o seu melhor revestimento, que, segundo a lição de Roberto DaMatta[36], nos faz ver aquilo que somos pela forma como se dão os nossos vínculos, ações, hábitos, tradições, manifestações. E, dessa forma, manifestam-se as nossas mais sutis diferenças como organização social, em nossas melhores potencialidades e em nossas piores distorções[37].

Nessa linha, a *casa* como construção privada e protegida é revelação do nosso desforço histórico-cultural, metáfora adequada para falar de como a *rua* é a dimensão do vazio, do abandono e do inóspito. Por isso, essas dimensões precisam ser olhadas com atenção, para que se possam compreender os polos nos quais estamos *organizados* em nossa *desorganização*[38], No âmbito privado, evidencia-se a dimensão do que há de melhor, no âmbito público, evidencia-se o que há de pior[39], Sintomático, portanto, que a política e o público oscilem, de um lado, entre o abandono, o desprezo, a apatia, a opinião escarrada da população, e, de outro lado, a corrupção, o autoritarismo, o patrimonialismo, o desmando e a revolta violenta. Constituído nos extremos, o País ainda busca o seu eixo, e não há saída enquanto a equação de exacerbada prevalência do *privado sobre o público* e de *privatismo no público* não for revertida[40].

O *espaço público* como tarefa em construção na vida democrática contemporânea, seja na dimensão do convívio social, seja na possibilidade do lazer, seja no usufruto de serviços públicos de qualidade, seja no investimento em infraestrutura para o desenvolvimento econômico do mercado, seja na possibilidade de exprimir liberdades democráticas, seja na capacidade de receber expressões cotidianas de consideração e respeito, são exigências de aprimoramento que apontam para a superação da noção acrisolada de *espaço público* como *espaço de abandono*, como *espaço de ninguém*, como *coisa sem dono*, e, portanto, como *dimensão do inóspito*, do *não acolhimento*, e, por consequência, do *não lugar*

[35] "Para essa perspectiva, o Brasil deve ser procurado nos rituais nobres dos palácios de justiça, dos fóruns, das câmaras e das pretorias – onde a letra clara da lei define suas instituições mais importantes; mas também no jeitinho malandro que soma a lei com a pessoa na sua vontade escusa de ganhar, embora a regra fria e dura como o mármore da Justiça não a tenha tomado em consideração" (DAMATTA, 1986, p. 13).

[36] "O malandro, então, conforme tenho acentuado em meus estudos, é uma personagem nacional. É um papel social que está à nossa disposição para ser vivido no momento em que acharmos que a lei pode ser esquecida ou até mesmo burlada com certa classe ou jeito" (DAMATTA, 1986, p. 105).

[37] "No contexto impessoal moderno, também no periférico, são redes invisíveis de crenças compartilhadas pré-reflexivamente acerca do valor relativo de indivíduos e grupos, ancorados institucionalmente e reproduzidos cotidianamente pela ideologia simbólica subpolítica incrustada nas práticas do dia a dia que determinam, agora, seu lugar social" (SOUZA, 2006, p. 182).

[38] "Local onde ninguém nos respeita como 'gente' ou 'pessoa', como entidade moral dotado de rosto e vontade. A rua compensa a casa e a casa equilibra a rua. No Brasil, casa e rua são como os dois lados de uma mesma moeda. O que se perde de um lado, ganha-se do outro" (DAMATTA, 1986, p. 30).

[39] "Mas na rua temos apenas grupos desarticulados de indivíduos – a 'massa' humana que povoa as nossas cidades e que remete sempre à exploração e a uma concepção de cidadania e de trabalho que é nitidamente negativa. De fato, falamos da rua como um lugar de 'luta', de 'batalha', espaço cuja crueldade se dá no fato de contrariar frontalmente todas as nossas vontades" (DAMATTA, 1986, p. 29).

[40] "Um universo ou abismo que passa pela construção do espaço da casa, com seu aconchego e sua rede imperativa de relações calorosas, e o espaço da rua, com seu anonimato e sua insegurança, suas leis e sua polícia" (DAMATTA, 1986, p. 31).

da cidadania. No vazio de cidadania, fica claro que o espaço do comum é rudemente brutalizado por um cotidiano de desrespeitos, violações, e não reconhecimento do outro. Nesse sentido, a necessidade de valorização das instituições, da autoridade pública, e de fortalecimento dos poderes democráticos, independente da garantia de personalismos[41], é necessária para a afirmação do espaço público, simultaneamente ao fortalecimento das forças de participação social, democracia, pluralismo e cidadania ativa. A falta de *modernidade política* torna ainda mais difícil o processo reconhecidamente desafiador de reversão da *modernidade econômica* que polariza, discrimina e exclui, como se constata nos estudos clássicos de Darcy Ribeiro[42], e, ainda mais recentes, de Jessé de Souza[43].

No *espaço público*, no entanto, maculado pelo castigo que mutilava o corpo do escravo negro, ensanguentado pelas vítimas da violência urbana e desordenado pela massiva ocupação urbanizada dos centros de desenvolvimento do País também se desenvolve a *cultura da festa*, onde toda a *privacidade* é posta a *público*, e para onde afluem toda a castidade protegida, todo o remorso consumido e todo o ódio social acumulado na esfera do privado. Diante da inoperância da *lei,* na ausência das *instituições,* na precária seriedade do que é *público,* ainda nos vemos retratados na festa e no jogo, compensações sociais que nos desviam o olhar do que *não funciona*, para o que *funciona*. O lenitivo festivo do carnaval, renovado a todo ano, apenas exacerba a possibilidade de relaxação dos rigores morais, dos espinhos sociais, da dureza do labor e do trabalho, dos privilégios econômicos, das penas da lei, da ausência de alternativas políticas. Enquanto experiência de animação social, o carnaval é chave de compreensão antropológica do País, e, por isso, significa o lugar da inversão das hierarquias, dos lugares determinados, das preocupações excessivas, dos papéis sociais tachados, da opressão econômica, da opacidade social, da falta de voz e democracia, da invisibilidade dos indivíduos, possibilitando uma igualização momentânea que a todos mistura num caldo festivo igualitário e passageiro.[44]

Da mesma forma como ocorre no carnaval, os "brasileiros" também se fazem no lenitivo do futebol, e é no jogo-esporte que são representadas "nações" paralelas à "nação", "classes sociais" que se toleram e "vitórias" que não se encontram no cotidiano sofrido das incongruências nacionais. É em cada vitória do *jogador-ídolo* tornado *showman,* ou ainda, nas desventuras e derrotas nos jogos que também se manifestam massivas manifestações de intolerância e violência, ignorância e estupidez, para expressarmos traços das incongruências e autoritarismos que tornam possível que *iguais* se vejam *destrutivamente* como *diferentes*[45]. Nos jogos, a violência

---

[41] Na análise de Sergio Buarque de Holanda, não é possível imaginar a vitória da democracia, enquanto entre nós vigorar o personalismo como um traço da vida política: "Essa vitória nunca se consumará enquanto não se liquidem, por sua vez, os fundamentos personalistas e, por menos que o pareçam, aristocráticos, onde ainda assenta nossa vida social" (HOLANDA, 2004, p. 180).

[42] "A redução dessas diferenças constitui o mais antigo dos desafios que reptam a sociedade brasileira a promover uma reordenação social que enseje a integração de todo o povo no sistema produtivo e, por essa via, nas diversas esferas da vida social e cultural do país" (RIBEIRO, 1995, p. 235).

[43] "Como o princípio básico do consenso transclassista é o princípio do desempenho e da disciplina (a fonte moral do *self* pontual para Taylor), passa a ser a aceitação e internalização generalizada deste princípio que faz com que a inadaptação e a marginalização destes setores possam ser percebidas, tanto pela sociedade incluída como também pelas próprias vítimas, como um 'fracasso pessoal'" (SOUZA, 2006, p. 171).

[44] "A transformação do carnaval brasileiro é, pois, aquela da hierarquia cotidiana na igualdade mágica de um momento passageiro" (DAMATTA, 1997, p. 171).

[45] "Por tudo isso, o carnaval é a possibilidade utópica de mudar de lugar, de trocar de posição na estrutura social. De realmente inverter o mundo em direção à alegria, à abundância, à liberdade e, sobretudo, à igualdade de todos

da competição e da luta pela sobressalência do personagem vitorioso, são matizadas pela ideologia do futebol como arte nacional. A partir desses traços, a análise antropológica da festa e do jogo, como lugares de revelação de significados sociais e culturais, é de intensa importância para a percepção daquilo que se revoga entre nós, a *lei*, sem que ainda a tenhamos alcançado, em sentidos mínimos, para todos.

A *exceção-carnaval* e a *exceção-jogo* servem de apoio aos processos de manutenção das interrupções e adiamentos políticos, sociais, econômicos, culturais e morais. A *lei-autoridade* é imperiosa, austera e rígida, a revelar-se como uma espécie de compensação à alegria, efusividade e espontaneidade dos personagens sociais no País, mas a *lei-democracia* é sempre retardada, fragmentada, enfraquecida e ineficiente. Então, na verticalidade das relações sociais, a *lei-autoridade* é o simbólico da hierarquia, e há de funcionar como demonstração ostensiva de comando, força, ordem e imposição, mas a *lei-democracia* é o simbólico da esmaecida vontade popular, organização da sociedade civil, presença do povo no exercício das funções e atividades dos poderes socialmente relevantes, sempre titubeante em aparecer, ante o temor à violência que decorre das relações sociais[46]. Oscilando entre os excessos da *lei-autoridade* e as ausências da *lei-democracia*, viemos nos fazendo ao longo de nossa história de conquistas, mas também de infortúnios políticos.

A *lei-universal,* por sua distância, frieza, universalidade e abstração, não é algo da dimensão do carnal, do presente, do próximo, do real, do concreto, da cordialidade, do laço de amizade e aproximação por troca de interesses. Então, tem de ser imposta, de cima para baixo[47]. Para romper os elos cristalizados na dimensão da pessoalidade, da proximidade, do vínculo, do laço social, da amizade, da vassalagem patriarcal, precisa impor-se; daí sua alta dosagem de rigor, suor e dor[48]. Assim, a *lei-ordem* aparece mais como força e violência do que como acordo e democracia, mais como dever e imposição do que como direito e cidadania.

Afinal, fincou-se entre nós desde o processo de colonização, como constatam os estudos de Sergio Buarque de Holanda, que aponta para a primazia do "elo de pessoalidade" sobre o "elo de cidadania", de modo que a noção de "política" entre nós se distorceu em "forma de amizade privilegiada", amizade vantajosa, apenas uma forma de aproximação negocial e estratégica, visando a interesses particulares. São raízes históricas e culturais deixadas pelos portugueses no caldo que seguimos, irrefletidamente, até hoje, com efeitos bem conhecidos e mais do que discutidos entre nós, e que nos impedem de praticar regras abstratas, instituições im-

perante a sociedade. Pena que tudo isso só sirva para revelar o seu justo e exato oposto..." (DAMATTA, 1986, p. 79).

[46] "Por tudo isso, somos um país onde a lei sempre significa o 'não pode!' formal, capaz de tirar todos os prazeres e desmanchar todos os projetos e iniciativas. De fato, é alarmante constatar que a legislação diária do Brasil é uma regulamentação do 'não pode', a palavra 'não' que submete o cidadão ao Estado sendo usada de forma geral e constante. Ora, é precisamente por tudo isso que conseguimos descobrir e aperfeiçoar um modo, um jeito, um estilo de navegação social que passa sempre nas entrelinhas desses peremptórios e autoritários 'não pode!'. Assim, entre o 'pode' e o 'não pode', escolhemos, de modo chocantemente antilógico, mas singularmente brasileiro, a junção do 'pode' com o 'não pode'. Pois bem, é essa junção que produz todos os tipos de jeitinhos e arranjos que fazem com que possamos operar um sistema legal que quase sempre nada tem a ver com a realidade social" (DAMATTA, 1986, p. 101).

[47] "No sistema social brasileiro, então, a lei universalizante e igualitária é utilizada frequentemente para servir como elemento fundamental de sujeição e diferenciação política e social. EM outras palavras, as leis só se aplicam aos indivíduos e nunca às pessoas; ou melhor ainda, receber a letra fria e dura da lei é tornar-se imediatamente um indivíduo" (DAMATTA, 1997, p. 237).

[48] "A fórmula 'sabe com quem está falando?' é, assim, uma função da dimensão hierarquizadora e da patronagem que permeia nossa relações diferenciais e permite, em consequência, o estabelecimento de elos personalizados em atividades basicamente impessoais" (DAMATTA, 1997, p. 195).

pessoais e seguir regulamentos com a firmeza e a convicção de se estar seguindo padrões de conduta convencionados e pactuados em grupo[49]. Na leitura também concordante de Jessé de Souza[50], na "pessoalidade" dos laços sociais brasileiros desenvolve-se a impossibilidade da compreensão da impessoalidade e da abstração valorativa, o que se traduz no fato de que o *outro-cidadão* inexiste como possibilidade, pois todo *outro-digno* será sempre o *outro-próximo* ou o *outro-amigo,* mas não um *outro-socialmente-reconhecido*.

Sem a existência do *outro-cidadão,* o véu da cidadania pode ser rompido a todo tempo, excepcionado, ou desconsiderado, pois a *emoção* predomina na ação social. Se a emoção aparece socialmente como um componente favorável a costumes mais abertos e plurais, também abre flanco para possibilidades fartas em outras dimensões, para o bem e para o mal, onde as máscaras sociais são rapidamente quebradas, em função de qualquer emoção, gerando um caldo social em que o descontrole da conduta e as manifestações de irracionalidades apenas acentuam o crescimento não somente dos índices, mas das formas, das práticas, das modalidades e das manifestações das *violências*[51].

Da mera disputa de trânsito à disputa dos jogos em estádios, a fúria vem à tona com a mesma facilidade com a qual se manifesta o ódio de classes em expressões da mídia, apontando-se para o fato de que a cultura de respeito aos direitos ainda não está presente entre nós[52].

Sem mediações e meios-termos, os conflitos exacerbam-se para se tornarem a linguagem violenta de um tempo, nas mãos da polícia que mata nas periferias dos centros urbanos, nas mãos de jovens que num desentendimento de bar iniciam tragédias familiares, nas mãos de homens que ceifam vidas de mulheres, nas mãos de justiceiros que praticam o extermínio socialmente consentido, em saídas de jogos de futebol em que torcidas se procuram para embates fatais, nas regras do crime organizado que pratica justiça paralela, nas carceragens que vivem por regras próprias, nas mãos de criminosos que violentam e praticam a desordem social[53].

4. Democracia, lei e desconfiança social

A partir da constatação de que nas últimas três décadas as taxas de violência por 100 mil habitantes apenas vieram evoluindo no País, é de se considerar que a democracia não conseguiu consolidar um modelo de convívio suficientemente capaz de impregnar no cotidiano o respeito à dignidade da pessoa humana como

---

[49] "Assim, raramente se tem podido chegar, na esfera dos negócios, a uma adequada racionalização; o freguês ou cliente há de assumir de preferência a posição do amigo. Não há dúvida que, desse comportamento social, em que o sistema de relações se edifica essencialmente sobre laços diretos, de pessoa a pessoa, procedam os principais obstáculos que na Espanha, e em todos os países hispânicos – Portugal e Brasil inclusive –, se erigem contra a rígida aplicação das normas de justiça e de quaisquer prescrições legais" (HOLANDA, 2004, p. 134).

[50] "Não existe a possibilidade de 'abstração valorativa' que pudesse permitir pensar-se em termos de valores universalistas ou impessoais. Estado, lei, autoridade impessoal, são conceitos estranhos e literalmente incompreensíveis enquanto tais" (SOUZA, 2006, p. 126).

[51] "A ausência de limitações externas de qualquer tipo engendra relações sociais nas quais as inclinações emotivas da pessoa do patriarca joga o papel principal" (SOUZA, 2006, p. 119).

[52] "A condição atual dos direitos humanos, ao contrário dos discursos oficiais, revela-se mais como carência e conflito do que como efetividade; mais como potência do que ato; mais como promessa do que política pública" (VIOLA, 2008, p. 56).

[53] "Aqui, os conflitos tendem a tomar a forma total e lutas de extermínio, pela impossibilidade de negociação que poderia limitá-lo a proporções parciais. Deste modo, não é apenas a pobreza material e a escassez que se constitui como fator explicativo básico do horizonte moral do dependente, mas especialmente a sua pobreza espiritual, moral e simbólica em sentido amplo, que transforma a violência no único código legítimo" (SOUZA, 2006, p. 124).

modus de socialização[54]. A violência descontrolada, incontida e desagregadora tornou-se, por isso, um fator a mais na dificuldade de consolidação e legitimação da melhoria e do bem-estar dos cidadãos, apesar da construção das instituições democráticas, da universalização do voto, dos avanços em termos de legislação de direitos humanos, e no exercício mais ampliado de várias modalidades de liberdades e garantias sociais[55]. A questão da violência torna-se, assim, um desafio para a democracia na medida em que expõe a credibilidade do Estado Democrático de Direito, a legitimidade da legislação, além de disseminar o medo, diluir os laços de confiança que estabilizam potenciais de socialização[56], aniquilar a qualidade da convivência, das interações sociais e dos laços de confiança[57].

Contudo, a violência é mais *sintoma* do que a *doença* em si. Ao deteriorar o estímulo ao *lugar do outro,* instrumentalizando-se o *outro* a partir da *sua raiva,* do seu *preconceito*, dos seus *interesses materiais,* do seu *interesse criminoso e ilegal,* do *seu ódio de classe,* da *sua indignação,* em suma, de *suas razões,* é o próprio *espaço público* que se vai aniquilando, pois sua constituição está baseada na *trama comunicativa das relações*, no *feixe delicado* e *sensível* do compartilhamento, das vivências comuns e das práticas que se consolidam na base da humanização do convívio e dos múltiplos atores envolvidos no espaço público. Onde a violência impera, a desagregação dos laços promove a deterioração do convívio a ponto de a *desconfiança* tornar-se um elemento decisivo do jogo das interações sociais. A violência deixa um espólio de sequelas em corpos, pessoas, práticas, instituições e políticas, mas um de seus nefastos efeitos na dinâmica dos processos de socialização é a marca da *desconfiança* como regra e padrão de conduta[58], O que importa avaliar é o quanto o acúmulo

---

[54] A respeito, as pesquisas do NEV/USP sobre as taxas de violência. Disponível em: <www.nevusp.org.br>. Acesso em: 3 jun. 2014. Consulte-se, também, PINHEIRO; ALMEIDA, 2003.

[55] Na linha histórica internacional, o cenário é o do pós-guerra, e na linha histórica nacional, o cenário é pós-CF88: "Assim, está desenhado o Estado Social no pós-guerra, com a supervalorização do constitucionalismo, marcado sob o modelo do *neoconstitucionalismo*, na crença profunda de que com isso poderia construir uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e marcada pela ideia da função social" (MORAIS, 2007, p. 575).

[56] O trecho a seguir transcrito converge plenamente com a percepção de que a situação de "guerra social não declarada" destrói laços fundamentais de confiança que afirmam a possibilidade da cidadania: "Se a guerra destrói relações e contamina princípios de confiança – de forma privilegiada num conflito armado onde a tomada de decisão de sua existência ocorre em detrimento da legislação internacional e à revelia das instituições criadas para estabelecer o diálogo entre os povos –, a reflexão do que fazer, de que modo resistir, é tarefa a que não podemos nos furtar" (BAZÍLIO; KRAMER, 2011, p. 137).

[57] A esse respeito, consulte-se BITTAR, 2008.

[58] Sobre as sequelas da violência sobre a dimensão da confiança, leia-se: "Os maus-tratos físicos de um sujeito representam um tipo de desrespeito que fere duradouramente a confiança, aprendida através do amor, na capacidade de coordenação autônoma do próprio corpo" (HONNETH, 2003, p. 215).

das violências não prejudica e condiciona ao retrocesso o processo de produção e fomento à alterização e à esfera pública democrática.

Diante do cenário de acumulado estado de violência na realidade brasileira contemporânea, é de se considerar a importância de se pensar que a democracia somente desempenha sua plena tarefa na medida em que é capaz de promover um estado mais elevado de reconhecimento, justiça social, igualdade, liberdade, diálogo e entendimento do que outros regimes políticos. Se a democracia for entendida como método de convívio e forma de socialização de alto nível, ela deve apontar para a *qualidade da integração social*, e, a partir daí, pode ser avaliada e medida pela *abertura, justiça, equilíbrio social* e pelo *reconhecimento do outro* como chaves de significação para a compreensão do processo de construção do convívio. Dessa forma, abre-se para realizar a justiça e igualdade social em níveis cada vez mais profundos.

Na ausência de efetivas *práticas de cidadania*, a violência passa a ocupar o lugar do *comum*, inviabilizando a manutenção, a sedimentação ou a construção da *esfera pública* como lugar de trocas simbólicas que geram política e democracia, que realizam liberdade e pluralismo, que promovem diálogo e troca social. Na obra de Axel Honneth intitulada *Sofrimento de indeterminação* (*Leiden an Unbestimmtheit*), no capítulo *O vínculo entre teoria da justiça e diagnóstico de época*[59]*,* fica claro que o *vínculo cidadão dos parceiros do direito* passa a ser o grande trunfo da modernidade e da democracia, na medida em que cria as condições de uma *solidariedade racional*, apesar da individualização, das diferenças e das disjunções da vida moderna. É da teoria de Hegel que Honneth extrai a raiz desta discussão, e ela merece ser aprofundada na medida em que o *sofrimento de indeterminação*[60] é uma *patologia social* da modernidade que aliena o sujeito da possibilidade apropriar-se de si mesmo e de integrar-se na condição de *pessoa*, em seu sentido integral, elemento que agrava enormemente a tendência à desagregação social.

Na realidade brasileira, esse desafio é de grande latitude, e, consideradas as distorções do convívio contemporâneo, devem estar na pauta de discussão dos processos de socialização democráticos. E isso porque,

---

[59] Honneth afirma: "[...] se a liberdade individual designa primeiramente e sobretudo o 'ser-consigo-mesmo-no-outro', então a justiça das sociedades modernas se mede pelo grau de sua capacidade de assegurar a todos os seus membros, em igual medida, as condições dessa experiência comunicativa e, portanto, de possibilitar a cada indivíduo a participação nas relações da interação não-desfigurada" (HONNETH, 2007, p. 78-79).

[60] Sobre o preciso conceito de sofrimento de indeterminação, Honneth afirma: "[...] e os conceitos com os quais ele procura caracterizar tais patologias sociais são expressões do diagnóstico da época, tais como 'solidão', 'vacuidade' ou 'abatimento', que podem ser colocadas conjuntamente sob o denominador comum de ´sofrimento de indeterminação'" (HONNETH, 2007, p. 74).

apesar de a atual quadra histórica favorecer um cenário de profundas instabilidades, agrava-se entre nós a situação de que nos situamos numa sociedade agressiva, autoritária, desigual, injusta, onde as múltiplas formas de ofensas e abusos, nos níveis moral, psicológico, patrimonial, social e cultural, tornam impossível a progressiva construção de uma *esfera pública* organizada, pujante e livre, além de plural, pois os desestímulos ao convívio são de tantas ordens que se torna penosa aos sujeitos a construção de espaços de sociabilidade requeridos pela vida autônoma e saudável[61]. A fadiga social provocada pela sensação de insegurança e desconfiança amplia as formas de dissociação mais do que os laços de socialização e provoca uma ambiência desfavorável à afirmação de outros requisitos fundamentais à democracia.

Daí a importância de se pensar a *modernização social* e o combate sistemático às *formas da violência*[62], ao *desrespeito* e às *patologias sociais* daí derivadas como desafios da democracia[63]. E esse processo pode ser inspirado na fecunda preocupação de Axel Honneth de demonstrar que os laços sociais são construídos nas dinâmicas das famílias, da sociedade e do Estado, sabendo-se que não é possível construir uma genuína democracia sem o *reconhecimento interpessoal como prática social*. Isso porque o sujeito vai brotando para a vida social por etapas, e é do acúmulo de bem-sucedidas etapas que se torna possível caminhar em direção a visões mais universalistas de mundo, pelas dimensões do amor, do direito e da solidariedade, como se pode perceber pela análise elaborada a partir de Mead e Hegel, já no célebre texto *Luta por reconhecimento* (*Kampf um Anerkennung*)[64].

Nesta obra, o *amor* é o núcleo central de acolhimento do sujeito em desenvolvimento[65], e pode ser visto como o ponto de apoio para sujeitos incompletos e carentes uns dos outros, que se realiza nas famílias[66]. O *direito* tem a ver com integridade social e reconhecimento por meio das instituições na regulamentação racional das formas de interação[67], seus limites, suas liberdades e seus respaldos, universalizando condições paritárias de interação social. A *solidariedade* é uma forma de estima social relativa à dignidade, desenvolvida como etapa de reconhecimento[68],

---

[61] "[...] na verdade, é só com essas formas, de certo modo valorativas, de desrespeito, de depreciação de modos de vida individuais ou coletivos, que se alcança a forma de comportamento que a língua corrente designa hoje sobretudo com termos como 'ofensa' ou 'degradação'. A 'honra', a 'dignidade' ou, falando em termos modernos, o 'status' de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, à medida de estima social que é concedida à sua maneira de auto-realização no horizonte da tradição cultural" (HONNETH, 2003, p. 217).

[62] A este respeito, leia-se CRETTIEZ, 2011, p. 12-25.

[63] "Para esclarecer as formas de desrespeito, Honneth adota o conceito psicanalítico de patologia. Todas essas formas de desrespeito são, portanto, uma forma de patologia" (SAAVEDRA, 2007, p. 109).

[64] "Embora não se tenha encontrado nos escritos de Mead um substituto adequado para o conceito romântico de 'amor', sua teoria, como a de Hegel, desemboca também na distinção de três formas de reconhecimento recíproco: da dedicação emotiva, como a conhecemos das relações amorosas e das amizades, são diferenciados o reconhecimento jurídico e o assentimento solidário como modos separados de reconhecimento. Já em Hegel são atribuídos respectivamente a esses três padrões de reciprocidade conceitos especiais de pessoa, no sentido de que a autonomia subjetiva do indivíduo aumenta também com cada etapa de respeito recíproco; mas só em Mead é dada à intuição inscrita nisso a versão sistemática de uma hipótese empírica, segundo a qual o grau de relação positiva da pessoa consigo mesma se intensifica passo a passo na sequência das três formas de reconhecimento" (HONNETH, 2003, p. 160).

[65] "Honneth vai além e sustenta que o nível do reconhecimento do amor é o núcleo fundamental de toda a moralidade" (SAAVEDRA, 2007, p. 104).

[66] "Para Hegel, o amor representa a primeira etapa de reconhecimento recíproco, porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes" (HONNETH, 2003, p. 160).

[67] "O direito então deve ser geral o suficiente para levar em consideração todos interesses de todos os participantes da comunidade" (SAAVEDRA, 2007, p. 104).

[68] "A solidariedade está vinculada na sociedade moderna à condição de relações sociais simétricas de estima entre indivíduos autônomos e à possibilidade de os indivíduos desenvolverem a sua auto-realização (*Selbstverwirklichung*)" (SAAVEDRA, 2007, p. 107).

na medida em que se expressa no próprio convívio social, independente dos laços anteriores que vinculam sujeitos em família ou sujeitos em relações jurídicas de recíproca dependência.

A limitação da autonomia da pessoa humana, a repressão às formas de vida, a degradação da imagem pública do indivíduo, a exclusão e a marginalização social, a integração social seletiva segundo critérios de classe social, a depreciação das escolhas subjetivas de cada indivíduo, o menosprezo do trabalho e dos sentimentos alheios, o desrespeito à integridade física, moral e psicológica, a tendência à invasão da privacidade e ao desrespeito às esferas de subjetividade do indivíduo, o desnudamento e a invasividade da tecnologia, a tendência à espetacularização midiática do escândalo e do repente jornalístico, o sistemático desrespeito aos direitos humanos fundamentais são todas formas de *negação de reconhecimento* nas relações sociais que apenas reforçam o modelo de *autoritarismo social*, contribuindo para diluir os espaços de subjetividade, com consequências graves para as possibilidades de intersubjetividades simetricamente reconhecidas e amparadas por um código comum coagulado na *língua-direito*[69].

As três descrições arquetípicas de desrespeito ao sujeito, na classificação observada e adotada por Axel Honneth, a *morte psíquica*, a *morte social* e a *vexação*[70], apenas reforçam a importância de considerar que – inexistindo ambiência democrática, cultura de respeito aos direitos humanos, integração social pela universalização dos parâmetros legais, equalização das condições de igualdade social e econômica, fraternidade antropológica, solidariedade social, diálogo e participação democrática – a tendência do convívio é o seu empobrecimento e a sua deterioração em assimetrias que levam à predisposição por desagregação social patológica, afetando as relações de trabalho, a livre interação nas ruas, nas famílias, e, também, nas relações entre a sociedade civil e o Estado.

Nessa perspectiva de análise, portanto, o *reconhecimento* não é um aspecto sublime ou elevado da personalidade humana, mas constitutivo de sua forma de *existir* e *coexistir*[71], pois considera-se que toda pessoa, como ser em desenvolvimento, depende desde a mais tenra idade de sua valorização e acolhimento na correlação com o outro e o mundo exterior. Nessa medida, os direitos são considerados estruturantes para o convívio social, pois garantem, de modo firmado e pactuado coletivamente, os limites, as formas de interação e o *modus* de consideração de *ego* e *alter* entre si. O sujeito em desenvolvimento pode e deve fiar-se numa *ordem institucional normativa* sobre a qual apoia suas pretensões de reconhecimento

---

[69] "Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direito ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formas juízo moral [...]" (HONNETH, 2003, p. 216).

[70] "Ora, é típico dos três grupos de experiências de desrespeito, que se distinguem analiticamente dessa maneira, o fato de suas consequências individuais serem sempre descritas com metáforas que remetem a estados de abatimento do corpo humano: nos estudos psicológicos que investigam as sequelas pessoais da experiência de tortura e violação, é frequente falar de 'morte psíquica'; nesse meio tempo, no campo de pesquisa que se ocupa, no caso da escravidão, com a elaboração coletiva da privação de direitos e da exclusão social, ganhou cidadania o conceito de 'morte social'; e, em relação ao tipo de desrespeito que se encontra na degradação cultural de uma forma de vida, é a categoria da 'vexação' que recebe um emprego preferencial" (HONNETH, 2003, p. 218).

[71] "A razão disso pode ser vista, por sua vez, na dependência constitutiva do ser humano em relação à experiência do reconhecimento: para chegar a uma auto-relação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as relações emocionais negativas como a vergonha ou a ira" (HONNETH, 2003, p. 220).

como pessoa, ante à violência, ao desrespeito e à degradação social, que apenas fazem por promover a vulnerabilização dos sujeitos, o que gera a fragilização dos laços de integração social[72].

Desse modo, a qualidade da *esfera pública democrática* é garantida pela possibilidade do encontro e do diálogo, em que reconhecimento, respeito e paridade presidem as relações de troca entre os cidadãos. A *violência* e a *ausência do reconhecimento* amortecem a possibilidade da coexistência e são formas de *desrespeito* que aniquilam o lugar de sujeitos em relações de reciprocidade. Nessa equação, insere-se o desafio de aprofundar a democracia mediante uma cultura de direitos, como cultura de *reconhecimento jurídico do outro*[73], tornando possível a integração social e a igualdade no tratamento perante um patamar de exigências dadas por uma mesma ordem institucional à qual todos os sujeitos pertencem e para a qual todos os sujeitos são igualmente estimados como iguais em direitos[74].

Esse tipo de abordagem vincula a efetividade da democracia à justiça social e à realização dos direitos, especialmente dos direitos humanos[75], na medida em que não há democracia sem eles, e também que a efetividade desses direitos torna possível o aprofundamento de formas democráticas de interação, em que a *confiança social* possa ser estabelecida como patamar de convívio, dado que sujeitos não são *objetificados* nas relações sociais, mas reputados como pessoas. Não por outro motivo, o controle do *sofrimento de indeterminação* deve pertencer ao conjunto das preocupações por realização da democracia, já que a privação das condições de socialização de alto nível impede a possibilidade de sujeitos presentificarem suas qualidades e expressões, tornando a vida social empobrecida dos potenciais nela mesma abrigados[76].

A genuína democracia deve, portanto, promover várias formas de reconhecimento, que apenas se consolidam por práticas cotidianas de valorização do lugar do outro, e da confirmação do elo de alterização nas interações sociais saudáveis e não patológicas. Isso porque a democracia deve confirmar a humanidade dos atos e formas de socialização e, ao mesmo tempo, desconfirmar a desumanidade dos atos e formas de socialização. O convívio cotidiano – com inumeráveis formas de violência – apenas faz progredir em sociedade a sensação de descontrole, insegurança e indeterminação, tornando-se a desconfiança uma regra implícita, indesejada, mas presente no convívio. Se a desconfiança é hoje uma regra, que agrava as relações sociais e atrasa a possibilidade de níveis mais consolidados de justiça social, a supera-

---

[72] "Daí nossa linguagem cotidiana conter referências empíricas acerca do nexo indissolúvel existente entre a incolumidade e a integridade dos seres humanos e o assentimento por parte do outro. É do entrelaçamento interno de individualização e reconhecimento, esclarecido por Hegel e Mead, que resulta aquela vulnerabilidade particular dos seres humanos, identificada com o conceito de 'desrespeito'" (HONNETH, 2003, p. 213).

[73] "A psicologia social de Mead havia mostrado que o conceito de reconhecimento jurídico designa antes de tudo apenas a relação na qual o Alter e o Ego se respeitam mutuamente como sujeitos de direito, porque eles sabem em comum as normas sociais por meio das quais os direitos e os deveres são legitimamente distribuídos na comunidade" (HONNETH, 2003, p. 180).

[74] "De início, podemos conceber como direitos, grosso modo, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional" (HONNETH, 2003, p. 216).

[75] "Viver sem direitos individuais significa para o membro individual da sociedade não possuir chance alguma de constituir auto-respeito" (HONNETH, 2003, p. 196).

[76] "Com isso, a ideia de uma teoria da justiça, segundo a qual em sociedades modernas todos os sujeitos devem manter a chance de participar dessas esferas de interação, está ligada à emancipação precedente de um processo de formação erroneamente conduzido: sem a presentificação libertadora, uma vez que sofrem de 'indeterminação' porque aceitaram despercebidamente concepções unilaterais de liberdade, os sujeitos não poderiam chegar àquele conceito de justiça ligado a uma teoria da intersubjetividade, o qual consiste na ideia de uma eticidade moderna" (HONNETH, 2007, p. 103).

ção de sua tendência a corroer o tecido social deve ser considerada um caminho concreto de realização da vida democrática contemporânea, a coroar os esforços pelo reconhecimento dos sujeitos na integralidade de seus direitos e no respeito à simples condição de cada um como pessoa humana.

5. Democracia, lei e instabilidades

O caos multissintomático da sociedade contemporânea choca qualquer possibilidade de previsão e descrição. Os perigos da vida moderna multiplicam-se, os riscos estendem-se além dos limites do controle, enquanto os alarmes permanecem em constante estágio de atenção; não há tempo para a exceção, pois a exceção é todo o tempo. As faltas de estabilidade e de garantias consolidam-se como traços da vida contemporânea[77]. Entretanto, são propriamente as experiências socialmente somadas de desrespeito sistemático a direitos humanos fundamentais, insatisfação social, violências, desigualdades, degradação do convívio, que geram um sentimento de repúdio compartilhado por alguns, por muitos ou por todos, a ponto de gerar o estopim[78], ou o acúmulo sociológico necessário para que um determinado tipo de experiência de conflito ou querela social apareça na forma de uma coletivização intencionada no mapa das tensões geossituadas no espaço da prática política[79]. Nesse sentido, a *injustiça* pode ser vista como *motor da história*[80]. E, assim

---

[77] "En todos estos desarrollos es posible discernir como se va formando una nueva ética a partir de las inestables relaciones del presente. No puede por ello sorprender que la transición sea dolorosa, que haya muchas heridas y que el cambio generacional sea juzgado de forma tan disímil. No obstante, es igualmente evidente que esta generación, que se ha hecho cargo tanto de las ventajas como de los costos de una mayor libertad, está a la búsqueda de puntos de enlace con la sociedad, para poder así vivir su individualidade y hacerla valer" (WILKINSON, 2006, p. 117).

[78] "As reações provocadas pelo sentimento de injustiça devem ser vistas como o estopim *par excellence* da luta por reconhecimento" (SAAVEDRA, 2007, p. 109).

[79] "Ora, nem todas as três esferas de reconhecimento contêm em si, de modo geral, o tipo de senso moral que pode estar em condições de pôr em marcha conflitos ou querelas sociais: uma luta só pode ser caracterizada de social na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo" (HONNETH, 2003, p. 256). Nos comentários de Saavedra: "Honneth entende que é necessária a articulação política de um movimento social para que o sentimento de injustiça do indivíduo passe a ter relevância política" (SAAVEDRA, 2007, p. 109).

[80] Leia-se, nestes dois trechos, expressivas contribuições a respeito do tema: "... de um lado, Honneth está preocupado em reconstruir a Teoria Crítica a partir do conceito habermasiano de interação comunicativa; por outro lado, Honneth não está interessado em abrir mão de três intuições fundamentais do materialismo histórico: (1) todas as relações sociais tem o potencial de se tornarem relações de poder; (2) o motor da história é a luta social; (3) o estímulo que leva os seres humanos à revolta social está ancorado na sua estrutura antropológica" (SAAVEDRA, 2007, p. 97). "O sentimento de injustiça ocupa um papel importante na análise que Honneth faz do direito" (SAAVEDRA, 2007, p. 108).

definida, a estratégia de busca por justiça por meios democráticos apenas deve convergir para fortalecer os laços entre os cidadãos.

Na perspectiva da Escola de Frankfurt, o estudo a respeito dos ciclos de conversão de injustiças acumuladas em justiça consolidada e reconhecida, quando se trata de observar na dialética histórica os processos sociais e as lutas por direitos, pode ser feito a partir de dois importantes, atuais e convergentes textos. De um lado, em *Luta por reconhecimento* (*Kampf um Anerkennung*), na perspectiva de Axel Honneth, fica claro que a falta de reconhecimento se torna o combustível necessário para a correlação de *sofrimentos compartilhados* tornar-se o modo de aparição de formas de luta que realizarão o potencial da erupção de novas modalidades de direitos, que comparecerão no horizonte social como formas normativas de *reconhecimento institucionalizadas*[81]. De outro lado, e em sentido concordante com as conclusões de Honneth, na perspectiva de Jürgen Habermas, no recente ensaio intitulado *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos* (*Sobre a Constituição da Europa*), em que se constata que o sofrimento foi a forja histórica da qual resultaram as conquistas históricas dos direitos humanos, muitas vezes pelas mãos e ações revolucionárias[82].

Do ponto de vista mais concreto, e menos teórico, há que se considerar que as instabilidades do cenário contemporâneo são muitas. O resultado dessas instabilidades foi uma onda de forte pressão social decorrentes das manifestações de 2013 e 2014 por sobre as classes políticas em todo o País. Elas não devem, no entanto, abalar a convicção de que a democracia é o único *regime político* capaz de promover direitos, conviver com instabilidades e disso fazer a síntese necessária para continuar operando. Todavia, não são poucos os desafios. O cenário é de crise econômico-financeira, e segue à carreira do breve otimismo de 2011, quando se considerava que o Brasil passaria ileso à onda global de depressão econômica.

Assim, não somente o ano de 2013 foi marcado pelas Jornadas de Junho, com manifestações populares e jovens em todo o País, mas o ano de 2014 se encontra marcado por instabilidades econômicas, perdas salariais e empresariais, greves e paralisações do transporte público, incertezas de cenário global, embates entre movimentos sociais e forças de segurança,

---

[81] "Portanto, com a inclusão da psicologia social de Mead, a ideia que o jovem Hegel traçou em seus escritos de Jena com rudimentos geniais pode se tornar o fio condutor de uma teoria social de teor normativo; seu propósito é esclarecer os processos de mudança social reportando-se às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco" (HONNETH, 2003, p. 155).

[82] "Os direitos humanos resultaram de lutas por reconhecimento violentas, e às vezes revolucionárias" (HABERMAS, 2012, p. 28). E, em outro trecho: "Direitos humanos sempre surgiram primeiro a partir da oposição à arbitrariedade, opressão e humilhação" (HABERMAS, 2012, p. 11).

protestos de rua, renovação de práticas de violência e crueldade, descrença generalizada em valores republicanos, perda de significação as legendas políticas, fazendo crescer o sentimento de falência dos mecanismos, práticas e instituições conhecidos para tornar possível o operar concreto e diário da democracia[83].

É importante destacar o papel de significação que os protestos e manifestações de rua têm e tiveram, contextualmente, em expressar e fazer falar a voz do povo; a democracia de ruas é um sinal de alerta à democracia das instituições, e torna possível a geografia das insatisfações, especialmente quando os canais institucionais não significam para todos, não representam o suficiente, não referem interesses gerais e não têm o sentido que se conheceu no respeito às tradições políticas. A participação social corrige, permanentemente, e redireciona prioridades, escolhas, poderes, relações e políticas – daí sua necessidade estratégica, a importância da decisão nas arenas deliberativas e participativas na constituição do espaço público plural e democrática[84].

Esta é uma dimensão importante da análise, mas é também necessário afirmar que a democracia não deve confundir-se com o vandalismo, a desordem e os episódios mais funestos do confronto do Estado com manifestantes de rua. Nas ocasiões em que duas linguagens completamente opostas se encontram na rua, não há mediação possível no processo de desenvolvimento e fortalecimento dos laços democráticos. No entanto, a luta pela democracia atualiza-se na consideração de que é superando o individualismo e a despolitização que se avança na construção da cidadania[85], mas não é o vandalismo nem o descontrole anárquico e violento que tornam possível a construção de novos horizontes de possibilidades políticas.

A democracia tem a ver não somente com a existência de oposição, e com a alternância de poder nas instituições democráticas, como também tem a ver com a possibilidade da mobilização social e da participação cidadã, na conformação da lógica do convívio deliberativo, onde todos e cada um se sintam integrados ao processo de construção do que é de interesse comum; por isso, a democracia não é algo apenas formal[86]. Assim, mais que revezamento

---

[83] Na entrevista concedida por Leonardo Avritzer, sobre as manifestações de junho e julho de 2013, pode-se ler: "MPD: Mas isso mostra que os partidos passam por uma crise de representatividade [...] Avritzer: Acho que sim, mas essa crise de representatividade é uma crise mundial porque, na verdade, os partidos também são parte de um momento da história da modernidade da democracia. Antes a democracia era dividida em três partes e os partidos representavam essas três partes. Então você poderia chegar na França até segunda metade do século XX, identificar os socialistas, comunistas e democratas, por exemplo. Ou seja a sociedade era dividida entre aqueles elementos. A mesma coisa no Chile dos anos 50 e 60, onde os times de futebol era do partido comunista, do partido socialista, da democracia etc. Os partidos, enfim, expressavam os ideais sociais. Nós estamos vivendo a decadência em todos os lugares mesmo, até na Escandinávia a identificação das pessoas com partidos é declinante. Então essa crise de representatividade o que não significa que nas democracias contemporâneas vamos superar a crise dos partidos e que vamos conseguir ter democracias sem partidos" (MONTEIRO, 2014, p. 14-15).

[84] Nessa linha, sobre o direito à democracia: "Revela-se plausível, e, sob vários aspectos, inadiável reinventar a democracia, já em sua arquitetura conceitual, já em sua prática, de modo a nela fazer preponderar a participação social o mais diretamente possível (sem prejuízo das competências constitucionais), no processo das escolhas públicas e na execução das prioridades eleitas" (FREITAS; TEIXEIRA, 2011, p. 11).

[85] "Además el hincapié en la constitución del interés público, al interior de los espacios de formulación de las políticas públicas (y fuera de ellos) puede contribuir a combatir uma tendência hoy notória en Brasil, referida a la creciente despolitización de la participación de la sociedad civil. De esta manera, su involucramiento en las políticas públicas, en el cuadro de la confluencia perversa mencionada anteriormente, tende a hacer que las tareas de gestión del Estado pasen a tomar el lugar y agotar el significado – de la política. Rescatar y reforzar ese significado en la disputa, en el debate y en la deliberación en torno a la constitución del interés público es la tarea fundamental de la sociedad civil" (DAGNINO, 2002, p. 393).

[86] "O processo democrático não é 'meramente processo' nem 'meramente formal'. O processo democrático não é 'meramente processo' porque é também um tipo importante de justiça distributiva, uma vez que ajuda a determinar a

entre grupos políticos, legendas ou partidos, a vida democrática pressupõe abertura do debate público democrático qualificado, e seu exercício por meios e canais existentes, desde que legítimos e limitados à possibilidade de realização de práticas violentas. O protesto pacífico e a passeata nas ruas, a deliberação pública, a publicação da crítica são os meios pelos quais se exerce a possibilidade da liberdade democrática, que, certamente, porque democrática, não é ilimitada nem irrestrita. Quando houver abusos nos limites legais, entram os freios do próprio sistema legal, constitucional e democrático. Porque uns abusam mais e com mais veemência, outros não são obrigados a se curvar, ou a recuar diante das infrações; por isso, o campo da democracia deve parar de ser comparado a um campo de batalha, para ser pensado a partir da ideia de uma *arena de compartilhamento de valores republicanos e cidadãos*, onde a constituição do espaço público se faz pela própria exemplaridade social do processo democrático.

A opinião pública desconcertada e autoritária explora a ideia generalista e infundada de que a "culpa" pelas instabilidades – que sempre se procura – não encontra senão na democracia a sua "responsável". Assim, vincular o insucesso da democracia à necessidade da repressão, do recurso incontido ao poder das autoridades institucionais, ao desenvolvimento de formas e métodos de controle social são táticas de avanço e reconquista de terreno que devem ser desvencilhadas com facilidade pela opinião pública democrática[87]. E, em contramarcha a esse tipo de argumento, pode-se dizer que a "culpa" se refere às *ausências e lacunas de democracia* – no passado e no presente – pois isso sim pode ser considerado o vácuo que expõe e compromete a riscos de realização o estado atual da democracia. Emerge, no Brasil contemporâneo, um cenário de agonia em torno dos direitos e das condições de vida, ao mesmo tempo em que desponta o indicador de uma juventude alerta para os índices de insatisfação social e desejos de realização de compromissos democráticos em torno de direitos.

A ausência de democracia tem promovido os excessos que impedem o fortalecimento da esfera pública em seu sentido mais autêntico pois uma esfera pública ainda marcada pela excessiva presença do comércio, do marketing, pela lógica da intersubjetividade estratégica e instrumental, apenas favorece o enfraquecimento de a possibilidade da ação social

---

distribuição dos recursos cruciais do poder e da autoridade e, dessa forma, influencia a distribuição de todos os outros recursos cruciais" (DAHL, 2012, p. 277).

[87] O cenário de incertezas vem colhendo de perto, inclusive, todo o debate sobre o constitucionalismo contemporâneo: "Estas circunstâncias apontam para o desfazimento de certezas iluministas, modernas, institucionais, apontando para a fragmentação do *locus* tradicional do que se convencionou chamar Estado nacional, da sua política e de suas estratégias de atuação" (MORAIS, 2007, p. 580).

politicamente relevante ter impacto na vida social. Ainda, uma esfera pública marcada pela violência atenta contra a possibilidade de "entradas" integradoras e fortalecedoras de vínculos e ações convergentes. Nesse sentido, seja a reificação da esfera pública pelos instrumentos do dinheiro e do poder econômico, seja a apatia da esfera pública, sempre reativa ao estado anárquico e violento dos poderes paralelos que "ocupam" espaços (simbólicos e reais) relevantes para a nervura da vida social, são revelações de que a identidade da cultura política democrática contemporânea ainda carece de incentivos claros para que possam vicejar alternativas medianas entre a explosão de violência no espaço público ou a ausência completa de espaço para a ocupação do espaço público em torno de agendas de relevância social.

6. Democracia, lei e participação social

Há um incômodo na atmosfera social contemporânea, e ele tem a ver com um conjunto de irrealizações que se reportam ao plano dos direitos e dos deveres sociais. Assim, há um "sonho a ser sonhado" relacionado com a realização do interesse público, não muito longínquo da possibilidade de significar a realização dos interesses sociais mais profundos, normalmente ocultados do conhecimento público mais geral. Nesse sentido, as manifestações iniciadas em junho de 2013 revelam algo de estonteante interesse para o estudo do estado da consciência política brasileira contemporânea: uma espontânea *erupção de forças massivas* de jovens que acorrem a ocupar o espaço público, reclamando o fim da corrupção, a reforma política, a atenção à causas sociais, o combate à impunidade, o fim da violência policial, a melhoria dos serviços públicos em geral, o atendimento a demandas de direitos sociais, como os direitos à saúde e ao transporte, entre muitas bandeiras levantadas.

Com toda a sua força, ocupando inúmeras cidades de todo o País, o movimento irrompeu, cooptando energias estagnadas e indignadas, que se uniram formando uma "onda espontânea", reforçada pelo vínculo virtual e viral da *internet*, aparecendo aos olhos de todos, expectadores e interessados, como um "terremoto social"[88]. Se as atitudes irreverentes lembram um pouco o Maio de 68, e se a evocação dos protestos juvenis demonstra a criticidade e a radicalidade de uma geração, deve-se perceber

---

[88] De fato, a ideia de terremoto, na interpretação de Raquel Rolnik, bem evidencia o sentido do processo social vivenciado naquele contexto: "Podemos pensar essas manifestações como um terremoto – uma metáfora mais adequada do que o trovão mencionado no editorial do semanário francês –, que perturbou a ordem de um país que parecia viver uma espécie de vertigem benfazeja de prosperidade e paz, e fez emergir não uma, mas uma infinidade de agendas mal resolvidas, contradições e paradoxos" (ROLNIK, 2013, p. 8).

que as vozes que afirmavam a impotência como característica da juventude destes tempos já devem soar mais fracas. O bordão "Esqueçam Maio de 68!" deixou de ter presença, e o fluxo dos movimentos que ocupam ruas, cidades, estradas, monumentos, torna possível perceber uma efervescência indefinida, inquieta, movediça, mas de toda forma, insatisfeita, rebelde e carente de respostas. O curioso do movimento é o seu caráter livre e independente, o que revela que as instituições estão tamanhamente em questão, que nenhuma bandeira de partido, nenhum nome de liderança política e nenhuma identidade político-ideológica em específico, foram invocados ao longo das manifestações[89].

Uma sociedade excludente, violenta, desigual e desorientada é geradora da reação nas ruas, buscando rumo, norte, inclusão, participação, vida fora da prisão das telas e dos atos de consumo, constituindo o tecido das vivências e expressões concretas de democracia e intersubjetividade político-comunicativa. Assim, o que o Movimento do Passe Livre (MPL-SP) iniciou[90], apenas catalisou forças que já estavam preparadas para um processo de contestação social, desenvolvendo-se da forma como se expressaram as jornadas de junho, e seus atos subsequentes, que praticamente ocuparam o ano de 2013 inteiro. Deve-se felicitar o fato da passividade ter deixado de existir, sendo o desabrochar da cidadania ativa um indiscutível passo no sentido da democracia direta e de ruas. Mas não se trata de abandonar as instituições e os direitos políticos conquistados (art. 14, *caput*, CF/88), a representação e os foros de diálogo, nem mesmo de menosprezar o potencial da democracia virtual[91], mas compartilhar novos espaços de produção política, inovando *no sentido e na extensão da democracia* que se tem, fazendo do Brasil o espelho de uma inventividade protagonista de um modelo democrático de vanguarda, capaz de unir a representação e a força da organização popular, realizando com plenitude a expressão "todo o poder emana do povo", constante do parágrafo único do art. 1º da Constituição Cidadã.

Ao reagir democraticamente à onda de protestos, criando a política nacional de participação social, o Decreto nº 8.243/2014 é um sinal de que se inaugura, no País, com claros fundamentos constitucionais e político-democráticos, seguindo as linhas da teoria da democracia de Robert Dahl[92], um marco normativo que pode

[89] Havia, é certo, clima de insatisfação generalizado, que trouxe diversos e plurais atores ao espaço público, especialmente evidenciando a crise da política institucional: "A questão da representação não envolve apenas a crise dos partidos e da política e, portanto, a necessidade de uma reforma política, uma das principais agendas das ruas" (ROLNIK, 2013, p. 11).

[90] "As revoltas de junho de 2013, desencadeadas pela luta organizada pelo MPL-SP contra o aumento das tarifas, não são algo inteiramente novo" (MARICATO et al., 2013, p. 14).

[91] A democracia virtual foi diretamente contemplada na disciplina que a matéria recebe no Decreto nº 8.243/2014. Sobre os ambientes virtuais de participação social, leia-se o disposto no at. 18: "Na criação de ambientes virtuais de participação social devem ser observadas, no mínimo, as seguintes diretrizes: I – promoção da participação de forma direta da sociedade civil nos debates e decisões do governo; II – fornecimento às pessoas com deficiência de todas as informações destinadas ao público em geral em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência; III – disponibilização de acesso aos termos de uso do ambiente no momento do cadastro; IV – explicitação de objetivos, metodologias e produtos esperados; V – garantia da diversidade dos sujeitos participantes; VI – definição de estratégias de comunicação e mobilização, e disponibilização de subsídios para o diálogo; VII – utilização de ambientes e ferramentas de redes sociais, quando for o caso; VIII – priorização da exportação de dados em formatos abertos e legíveis por máquinas; IX – sistematização e publicidade das contribuições recebidas; X – utilização prioritária de softwares e licenças livres como estratégia de estímulo à participação na construção das ferramentas tecnológicas de participação social; e XI – fomento à integração com instâncias e mecanismos presenciais, como transmissão de debates e oferta de oportunidade para participação remota" (BRASIL, 2014).

[92] Nas palavras de Robert Dahl: "Defendi a ideia de que o processo democrático é superior a outros modos viáveis de governo em pelo menos três pontos. Em primeiro lugar, ele promove a liberdade como nenhuma outra alternativa viável consegue fazer: liberdade sob a forma de autodeterminação

significar um divisor de águas na história brasileira, tendo por isso distinto valor para o incremento e institucionalização da participação social por diversos mecanismos, instâncias e entradas colaborativas[93], dado o largo processo histórico de exclusão e ausência do povo no exercício do poder.

Os objetivos democráticos do Decreto estão traçados pelo art. 4º (incs. I a IX), e podem ser sintetizados: consolidação da participação social no governo; promoção da aproximação e articulação de instâncias e dos mecanismos de participação social; aprimoramento da relação Estado e sociedade civil; promoção da participação social nas políticas de Estado; desenvolvimento da participação social em todas as etapas de formulação, planejamento e orçamento; incentivo ao uso da tecnologia para a participação virtual; desenvolvimento de meios acessíveis de participação aos grupos sociais vulneráveis; o apoio para formação de agentes em participação social; incentivo exemplar aos demais membros da federação ao desenvolvimento de mecanismos de participação social, integrando e aproximando a população da gestão pública. Eis aqui uma outra forma de se pensar e conceber o processo de produção de normas e de políticas públicas que terão efeitos sobre os cidadãos e seus interesses comuns[94].

Assim, as instabilidades sociais são drenadas para dentro de um processo democrático que apenas pode favorecer o rejuvenescimento das formas pelas quais a história do País encontrou sentido no termo "democracia" em seu limitado sentido de "democracia representativa". Por isso, a resposta da democracia brasileira é a inovação legal que permite integrar o cidadão ao processo de deliberação política institucionalizando formas e métodos, instrumentos e mecanismos, regras e procedimentos, instâncias e organismos, para viabilizarem a aproximação soberana do

---

individual e coletiva; liberdade no grau de autonomia moral que ele encoraja e permite; além disso, ele promove um amplo espectro de outras liberdades mais específicas que são inerentes ao processo democrático, constituem pré-requisitos necessários de sua existência ou existem porque, como a história demonstra claramente, as pessoas que apoiam a ideia e a prática do processo democrático tendem a apoiar generosamente outras liberdades também. Em segundo lugar, o processo democrático promove o desenvolvimento humano, acima de tudo na capacidade de exercer a autodeterminação, a autonomia moral e a responsabilidade pelas próprias escolhas. Finalmente, ele é o meio mais certo (ainda que não seja perfeito, em absoluto) para que os seres humanos possam proteger e promover os interesses e bens que compartilham entre si" (DAHL, 2012, p. 495).

[93] É extenso o rol de mecanismos de participação social, conforme o teor do art. 6º do Decreto nº 8.243/2014: "São instâncias e mecanismos de participação social, sem prejuízo da criação e do reconhecimento de outras formas de diálogo entre administração pública federal e sociedade civil: I – conselho de políticas públicas; II – comissão de políticas públicas; III – conferência nacional; IV – ouvidoria pública federal; V – mesa de diálogo; VI – fórum interconselhos; VII – audiência pública; VIII – consulta pública; e IX – ambiente virtual de participação social" (BRASIL, 2014).

[94] "Ao longo de todo o processo de tomada de decisões vinculativas, os cidadãos devem ter uma oportunidade adequada e igual de expressar suas preferências quanto ao resultado final. Devem ter oportunidades adequadas e iguais de colocar questões na agenda e de expressar seus motivos para endossar um resultado e não outro" (DAHL, 2012, p. 171).

povo do exercício efetivo do poder[95]. O Decreto nº 8.243/2014 não cria, mas *fortalece* e *articula* os mecanismos e as instâncias de diálogo, tornando institucional a correlação entre Estado e sociedade civil, revelando a vontade do poder público de colocar o controle social no seio dos processos democráticos (art. 1º).

Mediante cobranças sociais como estopim, o Decreto surge como resultado da ação organizada da sociedade, ao modo dos "caras-pintadas", alterando o rumo da história. Saúda-se, com isso, entre nós, um sinal de força de uma geração (jovem, urbana, escolarizada)[96], que soube confrontar o *status* de estagnação e desmotivação para a vida política, para afirmar a necessidade de que novos avanços aconteçam – exigindo-os ao seu modo, pelo grito das ruas –, o que significa e aponta para a necessidade de aprimoramento das formas e dos meios da política – pois a política institucionalizada foi, na verdade, pega de assalto e de surpresa, restando atônita por alguns dias, enquanto as manifestações desdobravam-se por toda a parte[97] –, na valorização da voz dos cidadãos, no aprofundamento da democracia e na luta por consagração de formas de diálogo e integração entre governo e população que possibilitem mais rápido e eficiente modo de tratamento de demandas socialmente relevantes.

Nesses termos, o documento legal, ao delinear a política de participação social valoriza a articulação do Estado com a sociedade civil, fazendo coincidir os esforços convergentes de democracia existentes – a democracia representativa, a democracia participativa e a democracia direta –, pois as próprias diretrizes gerais do plano nacional de participação social estão voltadas para (art. 3º):

> "I) reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia; II) complementaridade, transversalidade e integração de mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta; III) solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação

---

[95] Sem participação não há controle popular efetivo, por isso o *demos* deve poder democraticamente controlar a agenda de assuntos públicos atinentes aos interesses comuns: "O *demos* deve ter a oportunidade exclusiva de decidir como as questões serão colocadas na agenda de assuntos a serem decididos mediante o processo democrático" (DAHL, 2012, p. 179).

[96] "Segundo a 'Folha de S.Paulo', 84% dos manifestantes paulistanos dia 17 de junho não tinham preferência partidária, 71% participavam pela primeira vez de um protesto e 53% tinham menos de 25 anos. Pessoas com ensino superior eram 77%. Alguns números revelam o óbvio: desde 1992 não havia protestos amplos e generalizados no país, logo, só poderia ser a primeira vez dos jovens manifestantes. Além disso, a preferência partidária sempre foi baixa no Brasil, embora tenha se revelado ainda menor na pesquisa citada" (SECCO, 2013, p. 71).

[97] "Governantes, políticos de todos os partidos, imprensa, cronistas políticos e até mesmo cientistas sociais foram pegos de surpresa pelas manifestações de massa que mudaram a face e o cotidiano de nossas cidades em junho" (VAINER, 2013, p. 35).

sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social; IV) direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características e o idioma da população a que se dirige; V) valorização da educação para a cidadania ativa; VI) autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; VII) ampliação dos mecanismos de controle social"[98] (BRASIL, 2014).

As técnicas e as formas de participação são muitas, todas reconhecidas no modo de inovar o teor das práticas democráticas, envolvendo os múltiplos atores sociais, e instâncias e mecanismos múltiplos, a exemplo dos conselhos de políticas públicas ("instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas", art. 2º II, e disciplina específica do art. 10), das comissões de políticas públicas ("instância colegiada temática, instituída por ato normativo, criada para o diálogo entre a sociedade civil e o governo em torno de objetivo específico, com prazo de funcionamento vinculado ao cumprimento de suas finalidades", art. 2º III, e art. 11), das conferências nacionais ("instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado", art. 2º IV, e art. 12), das ouvidorias públicas ("instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública", art. 2º V, e art. 13), das mesas de diálogo ("mecanismo de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais", art. 2º VI, e art. 14), dos fóruns interconselhos ("mecanismo para o diálogo entre representantes dos conselhos e comissões de políticas públicas, no intuito de acompanhar as políticas públicas e os programas governamentais, formulando recomendações para aprimorar sua intersetorialidade e transversalidade", art. 2º VII, e art. 15), das audiências públicas ("mecanismo participativo de caráter

---

[98] Esses traços fundamentais estão de acordo com os grandes centros de força da concepção de democracia deliberativa: "Cada cidadão deve ter oportunidades iguais e adequadas de descobrir e validar (dentro do prazo permitido pela necessidade de uma decisão) a escolha acerca da questão a ser decidida que melhor sirva aos interesses do cidadão" (DAHL, 2012, p. 176).

presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais", art. 2º VIII, e art. 16), das consultas públicas ("mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação", art. 2º IX, e art. 17), dos ambientes virtuais de participação social ("mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil", art. 2º, X, e art. 18).

Fica claro, pelos esforços de sistematização de práticas, de organização de conceitos e critérios de participação, pela explicitação da institucionalidade da participação, que o Decreto vai aproximando o País das mais inovadoras e arrojadas concepções de democracia predominantes em todo o mundo, no debate filosófico-político em torno do tema, respondendo à exigência popular em torno da apatia, da desmobilização e da descrença na tradição das instituições, conferindo uma tendência do Brasil contemporâneo em superar a desgastada e deslegitimada concepção de *democracia liberal, formal e representativa*, para dar passos em direção aos fundamentos mais amplos da democracia, como democracia deliberativa, inclusive nos termos de seus melhores acenos filosófico-políticos, tais quais os definidos por Robert Dahl[99].

Referências

ADORNO, Sergio. História e desventura: o 3º programa nacional de direitos humanos. *Novos Estud.-CEBRAP*, São Paulo, n. 86, p. 05-20, mar. 2010.

AVRITZER, Leonardo. Sociedad civil, espacio público y poder local: um análisis del presupuesto participativo em Belo Horizonte y Porto Alegre. In: DAGNINO, Evelina (Coord.). *Sociedad civil, esfera pública y democratización em América Latina: Brasil* México, D.F: Fondo de Cultura Económica/UNICAMP, 2002. p. 120-153.

______. Entrevista com Leonardo Avritzer. *Revista do Ministério Público Democrático,* São Paulo, ano 8, n. 41, p.14-15, 2014. Entrevista concedida a Sandra Oliveira Monteiro.

________. *A moralidade da democracia:* ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva/ Belo Horizonte: UFMG, 1996.

[99] "No estágio decisivo das decisões coletivas, cada cidadão deve ter assegurada uma oportunidade igual de expressar uma escolha que será contada como igual em peso à escolha expressa por qualquer outro cidadão. Na determinação de resultados no estágio decisivo, essas escolhas, e somente essas, deverão ser levadas em consideração" (DAHL, 2012, p. 172).

________. Conferências nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil. *IPEA*, Rio de Janeiro, maio 2012. Disponível em: <*http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1137/1/TD_1739.pdf*>. Acesso em: 04 jan. 2014.

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri; KRAMER, Sonia. *Infância, educação e direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

______. *O mal-estar da pós-modernidade.* Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAYNES, Kenneth. Deliberative democracy and public reason. *Veritas*, PUCRS, Porto Alegre, v. 55, jan./abr., p. 135-163, 2010.

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri; KRAMER, Sonia. *Infância, educação e direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BECK, Ulrich (Org.). *Hijos de la libertad:* contra las lamentaciones por el derrumbre de los valores*tad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

BENOIST, Alain de. The current crisis of democracy. *Telos*, New York, n. 156, p. 7-23, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERMAN, Russell A. Humanities and the public sphere. *Telos*, New York, n. 159, p. 171-186, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. Violência e realidade brasileira. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 214-234, jul./dez. 2008.

______. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_______. *Democracia, justiça e direitos humanos*: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

_______. *Democracia, justiça e emancipação social*: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative Democracy*: essays on reason and politics. EUA: MIT Press, 1997.

BRASIL. Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 26 maio 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETTIEZ, Xavier. *As formas de violência.* São Paulo: Edições Loyola, 2011.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos.* Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHRENDORF, Ralf. *Después de la democracia*. Traducción de Luciano Padilla López. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil*? Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

______. *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

ELEY, Geoff. *Forjando a democracia.* Tradução de Paulo Cézar Castanheira. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: University Press, 1998.

ESTEVES, João Pissarra. *Espaço público e democracia*: comunicação, processo de sentido e identidade social. Porto Alegre: Editora UniSINOS, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). *História do direito em perspectiva*: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

FREITAS, Juarez, TEIXEIRA, Anderson V. Direito constitucional à democracia. In: ______.______. (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova,* São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995.

______. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

______. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: ______. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa, Rúrion Melo.São Paulo: Editora UNESP, 2012

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação*: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007.

______. *Luta por reconhecimento*: gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

______. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org.). *Teoria crítica no século XXI* São Paulo, Annablume, p. 79-111, 2007.

______. Democracy as a reflexive cooperation: John Dewey and the Theory of Democracy Today. *Disrispect: the normative foundations of critical theory*, Polity Press, Cambridge, p. 218-239, 2008.

______. *Crítica del agravio moral*: patologias de la sociedad contemporánea. Traducción de Peter Storandt Diller. Revisón de la traducción, edición e introducción Gustavo Leyva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

______. *Recognition between States: on the moral substrate of international relations,* In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL JUSTICE AND RECOGNITION: in honor of Axel Honneth, IV. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

______. *Disrispect*: the normative foundations of critical theory. Cambridge: Polity Press, 2008.

______. Justiça e liberdade comunicativa: reflexões em conexão com Hegel. *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 89, p. 101-120, jan./ jun. 2004.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Varkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes*: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013.

MAUS, Ingeborg. *O direito e a política*: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos/Rio de Janeiro: Renovar, p. 195-198, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI. In: NUNES, Antônio José A.; COUTINHO, Jacinto Nelson de M. C.(Org.). O direito e o futuro: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p.445-469.

______. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal,Coimbra, 2007. v. LXXXIII, p. 569-590.

MOTA, Carlos Guilherme. *A ideia de revolução no Brasil e outras ideias*. São Paulo: Globo, 2008.

______; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2010.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. *Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil*, 4. Violência, NEV- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência urbana.* São Paulo: PubliFolha, 2003.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

ROLNIK, Raquel. As vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes*: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. A teoria crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Org.). *Teoria crítica no século XXI*, São Paulo: Annablume, 2007. p. 95-111.

SECCO, Lincoln. As jornadas de junho. In: MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes:* passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH-3*. Brasília: SEDH/PR, 2010.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Rio de Janeiro: IUPERJ/ UFMG, 2006.

TEIXEIRA, Ana; DAGNINO, Evelina; SILVA, Carla Almeida. La constitución de la sociedade civil em Brasil. . In: DAGNINO, Evelina (Coord.). *Sociedad civil, esfera pública y democratización em América Latina: Brasil* México, D.F: Fondo de Cultura Económica/ UNICAMP, 2002. p. 21-76.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes*: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo/ Carta Maior, 2013.

VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura*: nota para uma antropologia da sociedade contemporânea. 7. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

VIOLA, Sólon Eduardo Annes. *Direitos humanos e democracia no Brasil.* Rio Grande do Sul: Unisinos, 2008.

WEFFORT, Francisco. *Espada, cobiça e fé*: as origens do Brasil. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WILKINSON, Helen. Hijos de la libertad. Surge una nueva ética de la responsabilidade individual y social? In: BECK, Ulrich (Org.). *Hijos de la libertad:* contra las lamentaciones por el derrumbe de los valores*tad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Competência comum e o federalismo cooperativo na subsidiariedade do licenciamento ambiental

Avanços da Lei Complementar nº 140/2012 na proteção do meio ambiente

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

Sumário

1. Da competência administrativa ambiental (competência comum) e da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988

Assim como ocorre com o conceito de *jurisdição*, que é, em tese, e por excelência, uno e indivisível, o conceito de *administração*, nota distintiva da autonomia que caracteriza os entes integrantes do pacto federativo, também não admite divisões. Aceita-se, o que é diferente, a *repartição* do exercício de competências administrativas, para que, na prática, seja viável a sua prestação.

Nesse contexto, deve ser entendida a previsão do art. 23, incisos VI e VII, bem como seu parágrafo único, na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a circunstância de o Estado-membro juntamente com o Município, a União e o Distrito Federal comporem único e indivisível

Paulo José Leite Farias é promotor de justiça, mestre em Direito e Estado pela UnB, doutor em Direito pela UFPE, pós-doutor na Universidade de Boston (EUA), professor do IDP e IESB em Brasília-DF.

sistema de administração pública de interesses ambientais não implica – nem se pode conceber que implique – *superposição* de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas, em face de um mesmo assunto. Sem qualquer dúvida, um dos principais objetivos da ordem constitucional é o da segurança e certeza jurídicas, circunstância que se deve ter em mente ao interpretar o dispositivo em apreço.

Igualmente, se o art. 23 da Constituição Federal estabelece competência *comum* da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, colocando, na mesma *linha de competência*, pessoas políticas que administram a questão ambiental (art. 23, VI, VII e parágrafo único), também é certo que o próprio parágrafo único do mencionado art. 23 ressalta que a *linha de competências* comum deve harmonizar-se pela "*cooperação*..., tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Idêntica consequência extrai-se da exegese do art. 225 da Constituição Federal, quando este imputa ao *Poder Público* o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Obviamente que este "Poder Público", mencionado pela letra constitucional, abrange todas as pessoas políticas que, segundo o art. 23, titularizam a *competência comum*.

Entretanto, se no campo da jurisdição – para seguir idêntica analogia, traçada de início – os conflitos de competência são prevenidos e solucionados com mecanismos de alta eficácia e presteza (as conhecidas *exceções* e *conflitos*, estes últimos em sentido técnico-processual), as anomalias detectadas no campo da prestação da atividade administrativa, em matéria ambiental, têm-se tornado cada vez mais comuns, sem que soluções imediatas e eficazes sejam alcançadas, em tempo hábil, para evitar graves e irreparáveis lesões de direitos e interesses.

Não raro, os administrados são submetidos a intermináveis embargos e interdições provocadas por mal resolvidos *conflitos de competência administrativa*, com indesejáveis reflexos patrimoniais e não patrimoniais para a coletividade como um todo. Na raiz de tais problemas, frequentemente, encontra-se, em questionamento, determinada atividade antrópica *permitida e licenciada* por um órgão – a princípio competente para tanto – e censurada por outro. O fulcro de tais conflitos, em regra, está circunscrito à adequada inteligência do conceito da competência comum e ao *uso prevalente* que se reconhece ao princípio da *supletividade ou subsidiariedade*, no que concerne aos conflitos ocorrentes entre Estados e União.

Verifica-se que, com esse tipo de competência, desejou o constituinte que fosse ele instrumento de ordem constitucional, destinado a dar efetividade ao federalismo cooperativo, uma vez que o parágrafo único do art. 23 reza que "lei complementar fixará normas para *a cooperação* entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Nesse sentido, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, conquanto o preceda, adequava-se perfeitamente ao ordenamento jurídico da Constituição de 1988, ao indicar na sua redação dada pela Lei nº 7.804 de 1989, *verbis*:

> "Art. 10 – A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividade utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e do *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA*, *em caráter supletivo*, sem prejuízo de outras licenças exigíveis" (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Logo, a cooperação e a coordenação entre a administração federal, estadual e municipal resultam, necessariamente, da interdependência de tarefas dos entes federados, devendo-se harmonizar tais tarefas.

Nesse sentido, importante trazer à colação o pensamento de Heller (1968, p. 274), jurista e cientista político alemão que aborda a função social do Estado de garantia da convivência e da cooperação entre os homens, como mecanismo que o justifica, *verbis*:

> "A unidade estatal não parece, de fato, nem como orgânica nem como fictícia, mas como unidade de ação humana organizada de natureza especial. A lei da organização é a lei básica de formação do Estado (cf. acima, p. 114 e segs.). A sua unidade é a unidade real de uma estrutura ativa cuja existência, como cooperação humana, torna-se possível graças à ação de 'orgãos' especiais conscientemente dirigida para a formação eficaz de unidade. De máxima importância para o nascimento e conservação da unidade estatal são, sem dúvida, os vínculos vitais e impulsivos, os laços da psicologia coletiva e da imitação, os geográficos, nacionais, econômicos e mesmo jurídicos, todas as comunidades naturais e históricas, todos os 'fatores de integração' reais e funcionais."

O Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, ao tratar da competência comum ambiental, ressalta a necessidade de evitar-se a superposição de atribuições, *verbis*:

> "Ao falar em competências comuns, quer a Constituição significar que determinadas matérias são da responsabilidade tanto da União, como dos Estados e dos Municípios, cabendo a todos eles atuar. Para os fins que nos interessam neste estudo, cabe observar que se inserem nesta categoria, consoante o elenco do art. 23 da Constituição, as competências de:
>
> Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); e
>
> Preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII).
>
> Note-se que, embora as competências sejam comuns, *em princípio não há superposição de atribuições*. São esferas distintas, autônomas de atuação. Frequentemente, o exercício do poder de polícia em matéria ambiental virá associado com o poder de polícia já exercido pela entidade em outra área afim, como proteção à saúde, urbanismo, navegação, etc. A omissão da entidade em tese competente poderá ensejar a atuação de outra. Não há dúvida, todavia, que o risco de conflitos de atribuições existe e, caso venham a ocorrer, caberá ao Judiciário dirimi-los, pela interpretação sistemática da Constituição. Averbe-se que o parágrafo único do art. 23 prevê a edição da lei complementar – federal, naturalmente – para harmonizar a atuação de cada um dos entes estatais" (BARROSO, 1992, grifo nosso).

Na competência comum, a própria Constituição determina que lei complementar federal fixe normas para a cooperação entre as diversas

esferas de poder, "tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional" (art. 23, parágrafo único), o que evidencia que essa área de administração comum não deve estar sujeita a desperdícios de esforços e à superposição de atividades, muito menos ao entrechoque de ações administrativas de órgãos entre si autônomos, mas que todos, sob a égide da lei, devem agir de maneira harmoniosa e cooperativa; o que significa, em síntese, para os poderes locais, regionais e nacionais, limitar o exercício da sua própria competência em função de regras de interligação e de coexistência com igual competência de outras esferas de poder estatal e, até mesmo, subordinar-se à administração orgânica ou sistêmica sob o comando de um ou mais órgãos.

2. Conflitos administrativos de gestão ambiental e o princípio da subsidiariedade

Na acepção da chamada "regra de ouro" do Federalismo, pode-se vislumbrar o mecanismo de resolução de muitos problemas federativos.

Para realização do princípio democrático na Federação, Bastos (1988, p. 416, grifo nosso) afirma que:

> "A *regra de ouro* poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isto significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União."

Este princípio estruturante da Federação está intimamente ligado ao princípio da subsidiariedade/supletividade o qual viabiliza mecanismos adequados para a solução dos conflitos administrativos das diferentes esferas federativas, concretizados na Lei Complementar nº 140/2011, que fixa normas, nos termos nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

2.1. Conceito e fundamentos do princípio da subsidiariedade

Ao tratar do princípio da subsidiariedade na União Europeia, Cunha (1995, p. 421) esclarece o significado e a concretização no art. 3º , "b", do Tratado da União Europeia, *verbis*:

> "Os idealizadores do Tratado de Maastrich da União Européia estão entre os primeiros que tentaram objetivamente frear o rápido e constante processo de agigantamento do poder comunitário verificado principalmente com o alargamento de competências 'implícitas' em favor da Comunidade."

O Tratado de Maastrich, que entrou em vigor em 1º/11/93, tentou atenuar essa circunstância de denegação democrática: por um lado, com procedimento de codecisão, que ampliou a participação do Parlamento Europeu em algumas matérias, ainda que de importância secundária, e, por outro lado, incluindo o art. 3º, "b", que expressamente eleva o *princípio da subsidiariedade* a princípio fundamental no ordenamento jurídico comunitário.

O art. 3º, "b", do Tratado da União Europeia define, pois, a subsidiariedade nos seguintes termos:

> “A comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.
>
> *Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros* e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.
>
> A ação da comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado” (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1992, grifo nosso).

Assim, a ação do órgão comunitário supranacional não deve retirar o poder de decisão dos órgãos estatais mais próximos do cidadão.

O respeito à competência das estruturas nacionais, em contraste com a supranacional, é visto sob o prisma do princípio da subsidiariedade. É consenso, entre os doutrinadores, que o princípio da subsidiariedade deflui diretamente do sistema federativo. Proudhon, no século XIX, quando definia o federalismo como contrato em que as partes reservam para si um âmbito de soberania e ação maior do que aqueles que estão dispostos a transferir ao ente federal, estava se referindo ao princípio da subsidiariedade (CUNHA, 1995, p. 422).

Baracho (1995, p. 51) ressalta a importância desse princípio, *verbis*:

> “O princípio de subsidiariedade tem sido objeto de diversos estudos, em várias partes do mundo. German J. Bidart Campos afirma que, oriundo da doutrina social da Igreja, no século XX, o princípio da subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é ainda capaz de fazer com eficácia uma sociedade menor. Entende, ainda, o publicista argentino tratar-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir, por si, as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los.
>
> No mesmo sentido, só deve supri-las ou substituí-las quando são impotentes e ineficientes para realizar suas tarefas. Objetivando igual eficácia, deve-se dar preferência à unidade social menor, em lugar da maior, do mesmo modo privilegiar o nível social inferior, a um nível social superior ou mais amplo.”

Para fins do nosso trabalho, a definição de Baracho (1995) mostra-se perfeita. *A subsidiariedade deve ser vista como princípio pelo qual as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas*. Está, assim, o princípio em tela relacionado com o

processo de descentralização política e administrativa, em outras palavras, associado ao fortalecimento do poder local.

Nesse sentido, Lässing (1995, p. 50, grifo nosso) refere-se à subsidiariedade, ao tratar da autonomia municipal alemã, *verbis*:

> "A posição jurídica dos Municípios é garantida tanto pela República Federal da Alemanha como também pelas Constituições de cada Estado. Elas regulamentam todas as questões relativas à comunidade local que, dentro de sua área, são mandatárias das obrigações públicas. O parágrafo da Constituição Alemã que trata da regulamentação municipal estabelece, expressamente, que os municípios em seus territórios administram, por si e sob responsabilidade própria, todas as funções públicas.
>
> Como parte integrante dos Estados, os Municípios detêm um setor da autonomia que tem que ser respeitado pelo Estado. Esta é uma *marca do princípio subsidiário* que vale de forma geral para a Europa e é, na verdade, um dos pilares do sistema do nosso Governo. Isto pode ser justificado principalmente pelo fato de que soluções locais estão mais próximas do problema, e, também, é fato que medidas locais reduzem a carga de trabalho de instâncias superiores. As soluções ficam mais próximas do cidadão e representam melhor os seus interesses, enquanto a distância entre os Estados e a União é maior, o que faz com que as soluções encontradas em nível federal sejam, não só mais abstratas, como muitas vezes também mais ideológicas."

Deve-se ressaltar que, também, encontramos presente tal princípio da subsidiariedade na Doutrina Social da Igreja Católica, com a Encíclica Quadragésimo Ano (1931):

> "[...] princípio importantíssimo da filosofia social: que como é ilícito tolher dos indivíduos aquilo que esses podem realizar com as forças e indústria própria para confiar à comunidade, assim, é injusto remeter a uma maior e mais alta sociedade aquilo que nas menores e inferiores comunidades pode-se fazer" (CUNHA, 1995, p. 421).

Assim, o princípio da subsidiariedade organiza a relação entre o cidadão, a família, os entes estatais de direito público interno (União, Estado-membro e Município) e os entes supranacionais (União Europeia, Mercosul), disciplinando que a unidade social ou estatal de nível superior só pode intervir para ajudar se as forças da unidade inferior não forem suficientes para o cumprimento da tarefa.

2.2. O princípio da subsidiariedade e da supletividade como solução para os conflitos de atuação administrativa dos entes federados nos termos da Lei Complementar nº 140/2011

Em face da competência comum ambiental, prevista no art. 23, III, VI e VII da Constituição Federal, em consideração ao princípio da subsidia-

riedade e da supletividade inerentes ao modelo federativo, a competência do órgão federal de gestão ambiental exerce-se de forma complementar à atuação do órgão estadual e municipal congênere, na fiscalização e na concessão de licenças e autorizações ambientais.

Não seria exagero afirmar que um dos princípios fundamentais do funcionamento do sistema legal de tutela do meio ambiente, no Brasil, é o da atuação supletiva do órgão federal. No caso do IBAMA, aliás, tal princípio está claramente consagrado no diploma *mater* da Política Ambiental Brasileira, a Lei nº 6938/81, conforme transcrição, já efetuada, do art. 10 do referido dispositivo legal.

Não poderia, ademais, ser diferente.

Em consequência da observância dos princípios federativo e republicano, bem como em atenção à norma constitucional que consagra o sistema de gestão comum, ao órgão federal só poderia caber, no exercício da cooperação, atuação complementar – em que pese não conflitiva – com a dos órgãos estadual e municipal. E tal atuação supletiva – que, repita-se, não pode ser superposta, simultânea e conflitiva – exerce-se mediante a caracterização de determinadas situações. Como o próprio nome sugere, implica exercício condicional e subsidiário de competência material. Visa, em aspecto ordinário, a suprir ou suplementar eventuais omissões, falhas ou funcionamento defeituoso da prestação administrativa que, originariamente, compete aos órgãos estadual e municipal.

Confira-se, mais uma vez, a eleição do princípio da supletividade pelo legislador brasileiro, em outro dispositivo da Lei nº 6.938/81, mantido pela Lei Complementar nº 140/2011:

> "Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus afins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
>
> Art. 6º, § 1º – Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão *normas supletivas e complementares* e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA" (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Como já demonstrado, a supletividade não pressupõe simultaneidade; muito menos hierarquia. Pressupõe cooperação e harmonia, dentro de sistema concatenado de repartição de atribuições, que não pode ser subvertido (art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal). Está prevista justamente para evitar o conflito e ordenar, lógica e cronologicamente, a atuação de cada centro de exercício de poder.

O raciocínio que parte de premissas contrárias, apegadas à visão concorrencial e simultânea do sistema de gestão ambiental comum, é equivocado e não se sustenta lógica, etimológica e juridicamente. Além

disso, atenta contra o princípio federativo e republicano, fere a semântica constitucional e viola o texto expresso do art. 23 da CF.

Não obstante devam ser evitados, os conflitos de competência na esfera administrativa reclamam, muitas vezes, a intervenção do poder judiciário (BARROSO, 1992, p. 81).

A jurisprudência, abaixo colacionada, em aresto paradigmático, indica a adoção, também pelos Tribunais, do princípio da supletividade como critério para a solução de conflitos de competência entre órgãos estadual e federal, *verbis*:

> "Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
>
> Agravante: Estado do Pará
>
> Procurador: José Aloysio Cavalcante Campos
>
> Agravado: Ministério Público Federal
>
> Procurador: Rafael Ribeiro Rayol
>
> Ementa
>
> CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PRETENSÃO DE CRIAÇÃO, PELO ESTADO DO PARÁ, DE ÁREA DE PROTEÇÃO E FLORESTA ESTADUAL, E, PELO IBAMA, DE RESERVA EXTRATIVISTA (RESEX). CONFLITO DE INTERESSES ENTRE O ESTADO E O IBAMA. DECISÃO QUE SUSPENDE A CRIAÇÃO DA UNIDADE DE CONSERVAÇÃO ESTADUAL.
>
> 1. A competência para a criação de unidade de conservação, segundo disposto na Constituição, é comum e concorrente entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal (Constituição Federal de 1988, art. 23, incisos VI e VII).
>
> 2. Decisão que, visando a uma melhor análise da situação fática dos autos, determinou a suspensão da criação de unidade de conservação de interesse estadual, ante o interesse federal de criação de outra, também de conservação, mas de característica e objetivo diversos.
>
> 3. Em razão da existência de conflitos envolvendo os interesses de madeireiros e da população tradicional que habita a região, recomenda-se a manutenção do *status quo*, *até que se identifique qual a unidade de conservação que melhor atende aos interesses das populações locais* e da preservação do meio ambiente.
>
> 4. Agravo desprovido" (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Por outro lado, decisão do STF, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence no bojo da ADI nº 2.544, em expressa menção à regulamentação do parágrafo único do art. 23, assinala que *a proteção do meio ambiente cultural exige cooperação racional entre os órgãos federativos, não podendo, entretanto, tal implicar em negativa total de colaboração entre os entes federativos*, *verbis*:

> "Federação: competência comum: *proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral*. Lei estadual 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos Municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. *A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação* (v., sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, *de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios*" (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Nesse aspecto, a Lei Complementar nº 140/2011 estabelece, em seu art. 4º, que os entes federativos podem estabelecer cooperação institucional por diferentes instrumentos, tais como: consórcios públicos, convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público; por meio de comissões tripartites nacional, estaduais e municipais, formadas, paritariamente, por representantes de todos os entes federativos; por meio de fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos; e, por fim, por meio da delegação de atribuições e de ações administrativas de um ente federativo a outro.

A Lei Complementar nº 140/11 determina que o licenciamento ambiental seja realizado em única esfera federativa (art. 13). A Resolução do CONAMA nº 237/97, ao contrário, exigia que a realização do licenciamento ambiental pelo órgão competente fosse precedida do exame técnico dos demais entes interessados.

Com efeito, o significado do adjetivo "comum" na Constituição Federal é inconfundível com as conotações que se reconhecem aos vocábulos "concorrente" e "simultâneo". Por outro lado, a analogia entre as competências legislativas do art. 24, CF, e as administrativas, do art. 23, CF, não se justifica por qualquer critério científico ou acadêmico de que possa partir o eventual intérprete, por serem ontologicamente distintas.

Observe-se que a proteção do meio ambiente é, ao mesmo tempo, matéria da competência concorrente (art. 24, inciso VI) e matéria de competência comum (art. 23, inciso VI). Entretanto, o significado do adjetivo "comum" na Constituição Federal é inconfundível com as conotações que

se reconhecem aos vocábulos "concorrente" e "simultâneo", por serem a competência comum e a concorrente ontologicamente distintas; por essa razão, deve-se tratar de forma distinta o conflito administrativo e o conflito legislativo ambiental.

Assim, extrai-se da nova legislação uma série de institutos capazes de assegurar a permanente cooperação entre os órgãos ambientais apesar do licenciamento único, dentre os quais se destacam a conceituação de atuação supletiva e subsidiária (art. 2):

> "Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se:
>
> II – atuação *supletiva*: ação do ente da Federação *que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições*, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar;
>
> III – atuação subsidiária: ação do ente da Federação que visa *a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns*, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar" (BRASIL, 2011, grifo nosso).

As referidas atuações *devem ser vistas*, de forma sistêmica, *como diferentes faces da noção lato sensu de subsidiariedade* já analisada. Em outros termos, deve atuar aquele ente federado que se encontra mais próximo do problema, salvo se não tiver condições de fazê-lo; pois nesse caso será substituído supletivamente ou auxiliado subsidiariamente, caso o que detém a competência originária assim o deseje.

3. Racionalidade do licenciamento ambiental na cooperação sinérgica da União, dos Estados, do DF e dos Municípios

A nova legislação disciplinadora da competência comum ambiental racionaliza o licenciamento ambiental em uma cooperação de tal sorte que o seu efeito é maior do que a soma dos efeitos de cada um dos entes federados atuando isoladamente. Manter parceria para obter resultados mais expressivos do que se trabalhando em separado implica adotar a sinergia como forma de agir no federalismo ambiental. É o verdadeiro sentido da noção de Poder Público como aquele que torna efetiva a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado junto com a coletividade (*caput* do art. 225 da Constituição Federal).

A regulamentação do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, consagrando a subsidiariedade e supletividade, harmoniza as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federados, de modo a garantir uma atuação administrativa eficiente.

Machado (1994, p. 139) afirma:

> "A razão última da distribuição do poder, entre seus distintos níveis, não deve ser outra que a de facilitar seu mais adequado e eficaz exercício. As fórmulas que se adotem, como todas as fórmulas políticas, devem legitimar-se pelos seus rendimentos sociais efetivos (E. Garcia de Enterría). Daí a necessidade de ser considerado o melhor nível de gestão dos serviços e a maior atenção às necessidades concretas e reais dos cidadãos e da própria sociedade. A determinação dos âmbitos que possam corresponder aos distintos níveis de Poder, assim com a forma em que deve ser exercido, haverá de fundamentar-se, de modo inequívoco, no princípio de como se exercem melhor as competências, que aqueles níveis recebem como atribuições. Junto a isso deve-se considerar, também, o custo econômico que representa o exercício dessas funções. É algo que se olvida com freqüência."

Na medida em que há coordenação e cooperação na Federação, temos várias formas de interdependência entre os agentes nos diver-

sos âmbitos e nos diferentes planos de ação. Assim, o moderno conceito de "federalismo cooperativo"[1] mostrar-se-ia de certo modo redundante, pois está implícito no conceito de federalismo.

Entretanto, tal não ocorria na filosofia do federalismo clássico, que procurava separar, de forma plena e exaustiva, as atividades das diferentes órbitas de governo, esquecendo-se da necessidade de estabelecimento de políticas gerais comuns, que racionalizassem a máquina estatal.

Assim, o federalismo cooperativo, que se materializa na repartição de competências verticais, fundamenta-se no fato de os entes parciais (governo central, governos regionais e governo local) terem o objetivo de desempenhar tarefa estatal a benefício dos cidadãos; a necessidade de cooperação e coordenação surge, por conseguinte, como *conditio sine qua non* para a efetiva realização das atividades públicas.

Assim, o governo federal, os governos estaduais, o governo distrital e os governos municipais devem procurar coordenar as políticas, visando à correta administração das diferentes, mas interdependentes, tarefas estatais. Nesse sentido, Hesse (1995, p. 117) afirma categoricamente a importância da elaboração de políticas conjuntas para tornar eficiente o sistema federal, *verbis*:

> "A evolução mais importante do federalismo alemão ocidental durante as primeiras décadas da Segunda Guerra Mundial tem sido a crescente interdependência dos vários níveis de governo. Os cientistas políticos da República Federal da Alemanha têm dedicado atenção especial a este assunto, produzindo inúmeros estudos de casos sob o termo-chave *Politikverflechtung* (elaboração de política conjunta) e desenvolvendo uma nova perspectiva teórica sobre o estudo das relações intergovernamentais. Costumava-se dizer que o federalismo era caracterizado por uma deterioração da governabilidade em sistemas de tomada de decisão conjunta, por uma queda geral da capacidade de solução de problemas e uma decadência da eficiência e capacidade de inovação."

Do mesmo modo, Bothe (1995, p. 4-10, grifo nosso) aponta como pontos altos do federalismo: a) ser um meio de preservar a diversidade; b) possibilitar a proteção de minorias; *c) consagrar o princípio da subsidiariedade;* d) ser um meio para assegurar a liberdade; e) promover a democracia; e f) *possibilitar um ordenamento estatal mais eficiente*, uma vez que a resolução de problemas ocorre de forma mais eficiente em unidades menores (grifo nosso).

A mesma preocupação de eficiência do modelo federal surge nos Estados Unidos, mais vivamente na administração Reagan, quando, em 1982, o então Presidente Americano conclamou o Congresso Americano a respaldar novo programa destinado a diminuir a atuação do poder central, devolvendo poderes aos governos regionais e locais. Nesse pronunciamento, Reagan (1982) afirmou:

> "*[...] A maze of interlocking jurisdictions confronts average citizens in trying to solve even the simplest of problems. They do not know where to turn for answers, who to hold accountable, who to praise, who to blame, who to vote for or against.*"

Nesse aspecto, Goode (1983, p. 3) assinala que, segundo Reagan, o governo central ficou tão grande que não funciona mais como devia.

[1] O conceito provém dos EUA, onde foi cunhado em contraponto ao conceito do federalismo dual. Katz (1982, p. 104-106), ao tratar do novo federalismo americano, afirma que até o *New Deal* prevalecia o federalismo dual, um sistema no qual o Governo Federal e o Governo Estadual tinham um conjunto de responsabilidades distintas e separadas. Já com o *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt, surge o federalismo cooperativo, um Sistema no qual o Governo federal e o Estadual devem cooperar entre si para a solução dos problemas sociais e econômicos.

Na defesa do federalismo cooperativo, como mecanismo de diminuição da tendência de centralização de poderes no Governo Central em países como a Argentina, Quintana (1950, p. 89) ensina:

> "*La verdadera solución que ha de preconizarse al gravísimo problema planteado por la creciente centralización del gobierno central en los países federativos como el nuestro, no es, por cierto, destacando la separación o rivalidad entre poder central y poderes locales y erigiendo a* éstos *en rivales o enemigos, sino, por el contrario, coordinando y armonizando la acción de uno y otros, sobre un pie de recíproco respeto de sus facultades y jurisdicciones, y por medio de una bien entendida cooperación. Pero ello, sin abandonar el verdadero federalismo.*"

A nova constituição brasileira atendeu à sugestão da doutrina no que atina à matéria ambiental, quanto ao modo mais eficiente de traçar a repartição da competência comum, atribuindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para atuar no licenciamento de forma sinérgica.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na constituição brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, *São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 118-119, out./dez. 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

_______. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 200, abr./jun., 1995.

BASTOS, Celso. *A Federação no Brasil*. Brasília: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BOTHE, Michael. Federalismo: um conceito em transformação histórica. In: SPERBER S. C (Trad.). *O federalismo na Alemanha*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995. (Série traduções, 7).

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 set. 1981.

______. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.554-9. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 28 jun. 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 out. 2006.

BRASIL. Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.047135-0/PA. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. DJ, 20 out. 2008. *Diário da Justiça Federal da Primeira Região*, 9 fev. 2009.

______. Lei Complementar n. 140 de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal,

para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 dez. 2011.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Tratado da União Européia.* Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1992.

CUNHA, Marcus Siqueira. O princípio da subsidiariedade na União Européia. *Revista Forense*, v. 332, out./dez. 1995.

GOODE, Stephen. *The new federalism*: state's rights in american history. New York: Franklin Watts, 1983.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Joachin Jens. República Federal na Alemanha: do federalismo cooperativo à elaboração de política conjunta. In: SPERBER S. C. (Trad.). *O Federalismo na Alemanha.* São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995. (Série traduções, 7).

KATZ, Eliz. Aspectos legais e judiciais do federalismo americano. *Revista de Direito Público*, v. 15, n. 64, p. 103-130, out./dez. 1982.

LÄSSING, Horst. O papel da esfera municipal no modelo federativo alemão. In: SUBSIDIARIEDADE e fortalecimento do poder local. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 1995. (Série Debates, 6).

LINARES QUINTANA, Segundo V. *El poder impositivo y la libertad individual.* Buenos Aires: Alfa, 1950.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

REAGAN, Ronald. *State of the Union Address*, 26 jan. 1982. Disponível em: <http://www.notable-quotes.com/r/reagan_ronald_ii.html>. Acesso em: 26 ago. 2014.

Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel?

Ruptura e continuidade na transição da monarquia para a república no Brasil

VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO

Sumário

1. O discurso da ruptura e a continuidade na tradição jurídica brasileira

Nenhuma constituição, código ou lei é gerada a partir do nada, nem muito menos obtém a sua matéria-prima do vazio. Eles sempre representam uma reflexão e uma forma de enfrentamento dos problemas do mundo, ou seja, apresentam-se como uma filosofia (MARTINS-COSTA, 2004, p. 23). A Constituição Republicana de 1891, o Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939; sem dúvida, expressam uma visão de mundo particular.

Essa vontade de constituição, ou de codificação, entretanto, não está circunscrita à passagem do século XIX para o século XX, mas remete justamente à passagem do século XVIII para o século XIX. Trata-se de um fenômeno que se insere em um contexto mais amplo de modernização das instituições, seja em Portugal, seja no Brasil, no intuito de estabelecer ligações com o pensamento do resto da Europa.

É nesse contexto que o modelo legalista, que se volta ao primado da lei enquanto vetor político e ideológico, comunicava – na virada do século XVIII para o século XIX –, o quão necessária era a adoção de modernos códigos civil e criminal, o que ultrapassa bastante a mera enunciação de

Venceslau Tavares Costa Filho é advogado, doutor, mestre e especialista em Direito Civil pela UFPE; pesquisador do Centro Universitário do Vale do Ipojuca-UNIFAVIP; secretário-geral da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes, da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Pernambuco.

preceitos constitucionais em prol da limitação das prerrogativas absolutistas dos monarcas europeus; o que guarda relação com o processo de secularização então em andamento. Em razão dessa conjuntura, em Portugal e no Brasil, existiram discursos favoráveis à reforma na legislação (NEDER; CERQUEIRA FILHO, 2001, p. 114).

É interessante notar que os reclamos mais específicos em prol da codificação civil, por exemplo, não são produtos de uma revolução política, ou até mesmo de uma grande mudança econômica e social. A Proclamação da República no Brasil de 1889 não constituiu uma ruptura com as estruturas arcaicas, mas no máximo um *glissement*. A expressão é de Gláucio Veiga, que considerava que a grande burguesia oitocentista não desprezava ou desejava abolir os hábitos da nobreza; na verdade, buscava imitá-la na vida em sociedade. A literatura da época foi bastante eficaz em registrar a preservação do *status quo* estamental, que termina por ceder seus espaços aos novos espaços conquistados pelas classes sociais, "porém, aos poucos. Tão lentamente que o Império Brasileiro encerrou-se definitivamente em outubro de 1930" (VEIGA, 1993, p. 29).

Uma evidência disso pode ser extraída da trajetória de Coelho Rodrigues na história da codificação do direito civil brasileiro. Com o insucesso das tentativas empreendidas por Teixeira de Freitas e Nabuco de Araújo, o Senador Joaquim Felício dos Santos apresentou-se ao Ministro da Justiça para a tarefa de redigir um projeto de Código Civil. Devido a isso, formou-se uma comissão para a avaliação do referido projeto. O Ministro Sousa Dantas (titular da pasta da Justiça) compôs a mencionada comissão com os seguintes nomes: Antonio Joaquim Ribas, Francisco Justino Gonçalves de Andrade, Antonio Coelho Rodrigues e Antonio Ferreira Viana (VAMPRÉ, 1916, p. 16).

A tentativa de Felício dos Santos não alcançou melhor sorte do que as anteriores, de modo que o Gabinete de 6 de junho de 1889, sob a liderança do Visconde de Ouro Preto, constituiu uma nova comissão encarregada da redação do Código Civil. Dessa vez, foram nomeadas as seguintes pessoas para a Comissão: Olegário de Aquino e Castro, José da Silva Costa, Affonso Augusto Moreira Penna, Manuel Pinto de Souza Dantas, Antonio Coelho Rodrigues e José Julio Albuquerque Barros. O próprio Imperador Dom Pedro II presidiu de fato a primeira reunião dessa comissão, em 12 de julho de 1889, que era presidida de direito pelo Ministro da Justiça, o Conselheiro Cândido de Oliveira (VAMPRÉ, 1916, p. 18).

Proclamada a República em 15 de novembro daquele ano, também os trabalhos daquela comissão não foram levados a efeito. Mas o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Manuel Ferraz de Campos Salles, resolve encarregar o professor Antonio Coelho Rodrigues dessa tarefa; não apenas por haver integrado as comissões anteriores, mas também por ser o

responsável pela redação da Lei do Casamento Civil. Ele solicitou a concessão do prazo de três anos para a redação do anteprojeto. Contudo, quando finalmente o apresentou, "em 1893, ao Marechal Floriano, não foi bem acolhido pelo Governo, momentaneamente interessado em apoiar o projecto de Felicio dos Santos, sob o patrocínio de Saldanha Marinho" (VAMPRÉ, 1916, p. 19).

Assim, verifica-se que a expulsão da família real do Brasil, em virtude da Proclamação da República, parece não haver impactado as estruturas de poder de maneira significativa. Os mesmos homens de "confiança" do Imperador continuavam ocupando posições de destaque na república recém-instalada. Coelho Rodrigues é um excelente exemplo desse espírito conciliador que nós herdamos da metrópole. Apesar da ruptura com a monarquia, permaneciam "a serviço" do Brasil os mesmos homens que outrora eram fiéis súditos do Imperador Dom Pedro II.

2. Coelho Rodrigues e a "geração 70"

Coelho Rodrigues obteve o título de bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1866. No ano de 1870, recebeu o título de doutor em Direito pela mesma faculdade. Isso poderia servir de argumento para inseri-lo naquilo que se convencionou chamar de "geração 70".

Entretanto, vincula-se a Escola do Recife à chamada "geração 70", ou seja, àqueles juristas que concluíram o curso de bacharelado em Direito ao longo da década de 1870, no ambiente da Faculdade de Direito do Recife. Após subsequentes gerações fortemente influenciadas por ideais românticos, a chamada geração 70 apresentar-se-á como aquele grupo de pessoas que cuidará de matar o velho, de modo a preparar a chegada do novo. O "novo", então, era identificado com o materialismo, o cientificismo, o anticlericalismo, etc.; de modo a recepcionar algumas das doutrinas em voga na época, quais sejam: o positivismo, de Comte e de Littrè; o evolucionismo de Haeckel e Spencer, etc. (AGUIAR, 1997, p. 244).

Coelho Rodrigues, contudo, foi um ferrenho defensor da manutenção da escravidão durante a monarquia, e só se manifesta clara e publicamente em prol da república após a sua proclamação e a expulsão da família real do Brasil. Isso não significa, todavia, que Coelho Rodrigues pode ser simplesmente rotulado como conservador e que os membros da Escola do Recife devem ser considerados a vanguarda daquele tempo.

Clóvis Beviláqua, por exemplo, é constantemente referido como um dos mais notáveis componentes da Escola do Recife; mas também pode ser apontado como agente da manutenção das velhas estruturas jurídicas e sociais. Esse suposto conservadorismo jurídico de Clóvis Beviláqua pode ser notado em relação ao seu projeto de Código Civil, em contraste com os projetos anteriores de Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues.

Se muitos dos egressos da Faculdade de Direito do Recife presentes aos debates no Congresso Nacional eram favoráveis à inserção do divórcio no Código Civil, em vista da influência das concepções materialistas hauridas no ambiente da Faculdade pernambucana; a atitude de Clóvis Beviláqua foi a de se integrar ao coro dos católicos e dos positivistas comteanos. Apesar de sua posição comteana moderada, Clóvis Beviláqua é relacionado por Pontes de Miranda (1928, p. 24-25) no grupo dos positivistas comteanos que se uniram aos católicos a fim combater "renhidamente" a proposta favorável ao divórcio.

Termina por ser mais conservador do que o Imperador em relação a quem fez uma acirrada oposição. A última Comissão incumbida da tarefa de elaborar o Código Civil ao tempo do

Império – que era presidida de fato pelo Imperador Dom Pedro II – chegou a deliberar pela aprovação da proposta de admissão entre nós do divórcio, mas somente em caso de adultério (LOBO, 2006, p. 609). Em sentido contrário, para Clóvis Beviláqua (1906, p. 96): "Sobre esta tormentosa questão do divorcio, não pareceu licito ao auctor do Projecto avançar uma linha".

A atitude de Clóvis Beviláqua em relação ao divórcio também termina por ser mais conservadora que a legislação vigente à época. O Decreto nº 181, de janeiro de 1890 (Lei do Casamento Civil), admitia a possibilidade do divórcio. O divórcio, contudo, não tinha o condão de dissolver o vínculo conjugal, prestando-se apenas para permitir a "separação indefinida dos corpos" e a cessação do regime de bens (art. 88).

Trata-se da alteração mais significativa no direito civil brasileiro em muito tempo. O autor do projeto da Lei do Casamento Civil foi justamente Coelho Rodrigues. O art. 82 da Lei do Casamento Civil estabelecia que o pedido de divórcio só poderia ter por causa a prática do adultério (§1º), sevícia ou injúria grave (§2º), abandono voluntário do lar conjugal e prolongado por dois anos contínuos (§3º), ou em virtude do mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos (§4º). Tal possibilidade deferida pela Lei do Casamento Civil (de 1890) restará obstada com o advento do Código Civil de 1916, projetado por Clóvis Beviláqua (BRASIL, 1890).

Não há que se falar, portanto, que tenha havido inovação jurídica digna de nota no Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua. Isso porque as contribuições mais significativas e numerosas são de Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues: "Breve estatística poderia dizer-nos que foi, ainda em 1900-1915, Teixeira de Freitas, o codificador de 1860, quem mais criou no Codigo; depois, Coelho Rodrigues, Beviláqua, a Commissão revisora e o Senado" (MIRANDA, 1928, p.118).

Ainda de acordo com Pontes de Miranda (1928, p. 112), isso talvez se deva ao fato de Clóvis Beviláqua ser pouco afeito à práxis jurídica à época, por exercer exclusivamente a docência, diversamente de advogados experientes como Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues, de modo que: "O Codigo Civil brasileiro, pelo que deve a Clóvis Beviláqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida. O que nelle vae morder (digamos) a realidade vém de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rodrigues".

Sem dúvida, o simples fato de Coelho Rodrigues haver sido incumbido da tarefa de formular a Lei do Casamento Civil já o coloca em uma posição de destaque entre os reformadores do direito civil brasileiro. Essa é a alteração mais substancial que se operou em relação à legislação anterior, causando impactos sociais e políticos que não foram calculados pelo governo e pelo projetista da lei em comento. Tome-se, por exemplo, o fato de que a Revolta de Canudos – liderada por Antônio Conselheiro – propunha-se a manifestar o extremo descontentamento da população com a introdução do casamento civil, entre outros motivos.

José Gomes Bezerra Câmara (1967, p. 74) assinala que a década iniciada com a Proclamação da República não trouxe alterações significativas em matéria de direito privado, mas faz questão de ressaltar a relevante alteração ocorrida no direito de família (a Lei do Casamento Civil), como exceção dentro daquele quadro geral.

Pode-se afirmar, contudo, que a inserção de Clóvis Beviláqua na "geração 70" se dá em virtude de sua adesão às ideias de Tobias Barreto, e não à sua atitude conservadora, ou vanguardista. Coelho Rodrigues, por outro lado, não se alinhava ideologicamente com os seguidores de Tobias Barreto. Ele combatia vigorosamen-

te as ideias pregadas por Tobias Barreto e seus discípulos, chegando a protagonizar o conhecido episódio da reprovação de Sílvio Romero. Tal reprovação, inclusive, ensejou a publicação por Tobias Barreto (em 1875) de um ensaio denominado "A metafísica deve ser considerada morta?", no intuito de se contrapor à atitude de Coelho Rodrigues como examinador.

3. Um "súdito fiel" ao Imperador?

A artificialidade da implantação do regime republicano entre nós pode ser evidenciada não apenas na manutenção das estruturas econômicas, jurídicas e sociais, mas também no amplo aproveitamento de pessoas de "confiança" do Imperador no preenchimento de cargos na fase republicana.

Exemplo disso é o do Professor Antonio Coelho Rodrigues, que fez parte das duas últimas comissões formadas ao tempo da monarquia em prol da feitura de um Código Civil, quais sejam a Comissão de 1881 (para revisar o Projeto de Felício dos Santos) e a Comissão de 1889 (que foi presidida de fato pelo Imperador Dom Pedro II, e dissolvida logo após a Proclamação da República).

Com a República, foi Senador e Prefeito do Distrito Federal, além de ser o responsável pela elaboração da Lei do Casamento Civil (Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890), cabendo-lhe também "um *Projeto de Código Civil*, encomendado pelo Governo, o qual saiu a lume em 1893 e depois reeditado com introdução histórica, exposição de motivos e discussão em 1897". Destacam-se na sua produção bibliográfica – além do Projeto de Código Civil – as seguintes obras: "*Da República na América do Sul*, Einsielden, Suíça, 1906, 2ª ed.; *Manual do súdito fiel* e outros escritos menores" (BEVILÁQUA, 1912, p. p. 497).

Atente-se, pois, para a sequência dos acontecimentos: I) em 1º de junho de 1889, Coelho Rodrigues é nomeado pelo Imperador Dom Pedro II membro da Comissão incumbida da redação do Código Civil brasileiro; II) em 21 de novembro de 1889, a comissão outrora nomeada pelo Imperador é dissolvida pelo Ministério da Justiça do Governo Provisório da República; III) em 24 de janeiro de 1890, o Decreto nº 181 – redigido por Coelho Rodrigues – institui o Casamento Civil; IV) em 2 de julho de 1890, Coelho Rodrigues é contratado para a elaboração do Projeto de Código Civil.

O fato de Coelho Rodrigues haver sido incumbido da tarefa de elaborar o projeto da Lei do Casamento Civil, contudo, não deixa de ser uma grande ironia.

Em 1884, Coelho Rodrigues publica sob pseudônimo o seu *Manual do súbdito fiel*, no qual vai expressar sua insatisfação em relação às po-

líticas desenvolvidas pelo Gabinete liberal à época. Coelho Rodrigues era um destacado membro do Partido Conservador e teceu uma série de críticas às políticas levadas a efeito pelo Governo, especialmente no que tocava ao chamado "elemento servil". Mas, entre diversas críticas dirigidas ao Governo ainda monárquico, cria uma situação hipotética e coloca a seguinte frase na boca de um Padre que irá representar a ala da Igreja Católica Apostólica Romana insatisfeita com os rumos da monarquia: "Depois, a influência soberana também tocou-me por casa, no projecto do casamento civil e na questão dos frades, cuja propriedade está esbulhando sem reservar, sequer, o usufructo, que a lei havia respeitado" (RODRIGUES, 1884, p. 39).

Ora, se o casamento civil serviu de mote para a crítica ao Governo nos tempos da Monarquia, imputou-se a ele a responsabilidade de redigir a Lei do Casamento Civil com o advento da República. Veja-se, pois, que a transição da crítica à aceitação dá-se sem maiores problemas para Coelho Rodrigues. O que era abominável no projeto dos liberais no poder à época do Imperador Pedro II ganhará concretude com a colaboração do outrora "súdito fiel" e líder do Partido Conservador: Coelho Rodrigues. Ele mesmo confessa sua visão relativista em relação a tais diferenças ideológicas:

> "Apezar, porém, das doutrinas do meu autor predilecto, cedo verifiquei que isso de conservadores e liberaes no Brazil eram modos de dizer, ou methodo de opposição ao governo, e, como os meus parentes já andavam mettidos com os primeiros reuni-me a elles e fiz-me conservador, mesmo porque tinha alguma cousa que perder e a gente só póde ser liberal sem restricções, quando tem o pão certo, sem trabalho, como os altos funccionarios, ou chega á condição de proletário" (RODRIGUES, 1884, p. 11-12).

Fazendo uso de uma fina ironia, afirma que os brasileiros geralmente desejam um título científico e um emprego público. Com a conquista do emprego público, passam a desejar uma cadeira na Câmara dos Deputados, após isto uma cama no Senado, em seguida uma poltrona no Conselho de Estado e, por fim, uma rede de dormir no Conselho de Estado (RODRIGUES, 1884, p. 32). Ademais, critica a possibilidade de abolição da pena de morte, que – apesar de ser do desejo da maioria dos filósofos – deve ficar fora das cogitações do Imperador. Isso porque, enquanto o filósofo "deve ser o apóstolo da igualdade", considera o Rei como "a incarnação suprema da desigualdade política" (RODRIGUES, 1884, p. 78).

A questão central da obra em apreço é a escravidão, que é considerada por Coelho Rodrigues (1884, p. 108) como a "irmã gêmea" da Monarquia no continente americano. Assim, insinua que a abolição da escravidão entre nós levaria à supressão da monarquia. O que, de fato, terminou por

ocorrer. De qualquer forma, ainda com o intuito de persuadir o Imperador a não ceder aos abolicionistas, invoca o argumento da tradição ou dos costumes, bem ao gosto dos historicistas:

> "Eu não creio que instituições seculares possam ser reformadas e transformadas de improviso a golpes de decretos; pelo contrario, attribúo a esse preconceito os resultados negativos das grandes aspirações da revolução de 1789, e receio muito que a escravidão, supprimida por esse processo de sobre a nossa raça africana, resurja no dia seguinte por sobre a branca e a mestiça, que constituem a maioria do paiz" (RODRIGUES, 1884, p. 127).

Registre-se, ainda, que Coelho Rodrigues (1884, p. 35) faz uma crítica pontual à ausência de Código Civil ainda ao tempo da Monarquia, ao afirmar que "o governo conserva a linguagem das Ordenações, ou fala um dialecto mixto, que não é bem o francez, nem o portuguez, e que só elle entende, se é que o entende".

4. O projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues

O Código Civil serviria justamente para pôr fim a essa confusão, pois seria dotado de um texto claro e conciso, capaz de ser compreendido com mais facilidade. A tarefa de traduzir aquele "dialecto mixto", isto é, de tornar o direito civil inteligível, caberá inicialmente a Coelho Rodrigues a partir da República.

A fim de se afastar da agitação da atividade política e da advocacia, Coelho Rodrigues resolveu realizar esse trabalho de formulação do Projeto na Suíça, e o entregou ao Governo em 1893 (BEVILÁQUA, 2012, p. 497). Geraldo Neves (2000, p. 373) assinala que o contrato firmado entre Coelho Rodrigues e o Governo à época concedia apenas três anos para a conclusão do Projeto. Entregue o Projeto em 1893, ele foi pomposamente rechaçado à época do Governo de Floriano Peixoto.

De acordo com Spencer Vampré (1916, p. 19), a rejeição do projeto pelo Governo de Floriano Peixoto tem um componente político: o Governo estava temporariamente interessado em apoiar o Projeto de Felício dos Santos, que havia obtido o patrocínio de Saldanha Marinho.

A rejeição do Projeto pelo Poder Executivo levou Coelho Rodrigues a apresentá-lo diretamente ao Poder Legislativo. Clóvis Beviláqua (1897, p. 114) assinalou à época que:

> "O senado já deu parecer favorável a respeito do *projecto* Coelho Rodrigues, porém mandando-o submetter á revisão de uma commissão de juristas- Si a procrastinação trouxer maior perfeição que seja bem acolhida, mas si fôr para desfazer, ainda uma vez, esperanças, já arraigadas de obtermos, afinal, um código civil digno de nós, devemos lastimal-a".

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo (2006, p. 613), outra testemunha dos fatos relatados, assinala que a provocação do Senador Coelho Rodrigues para que o Senado pressionasse o Governo não produziu bons frutos; o que fez com que ele chegasse "até às portas dos tribunais, em memorável ação que propôs contra a União, sem resultado, aliás".

O registro feito por Clóvis Beviláqua (1906, p. 25) ocorreu em um momento que antecede a sua contratação para a realização do Projeto de Código Civil. Mais adiante, já na posição de projetista do Código Civil, assinala o seu elogio ao Projeto apresentado por Coelho Rodrigues, após tecer críticas aos Projetos de Nabuco de Araújo e de Felício dos Santos. Segundo Clóvis Beviláqua, Coelho Rodrigues teria sido mais feliz na escolha de seus referenciais teóricos, pois estaria mais atualizado em relação ao panorama legislativo e doutrinário; mas que, apesar disso, o projeto não obteve a aprovação das autoridades competentes.

Coelho Rodrigues, assim como Teixeira de Freitas, também era um romanista e foi influenciado pela Pandectística alemã. O seu Projeto de Código Civil também era estruturado em uma Parte Geral e em uma Parte Especial, o que evidencia a sua concepção sistemática de direito civil. Chegou a traduzir as Institutas de Justiniano para o português, obra publicada em dois volumes (o primeiro em 1879, e o segundo em 1881) sob o título: *Institutas do Imperador Justiniano vertidas do latim para o português com perto de cincoenta notas extraídas do 'Corpus Juris' e um appendice contendo a integra do texto e da tradução das Novellas 118 e 127.*

A precisão conceitual e o caráter sistemático do seu Projeto de Código Civil, frutos da influência da civilística alemã, renderam a Coelho Rodrigues referências elogiosas de Spencer Vampré e Clóvis Beviláqua. O primeiro, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, afirma que Coelho Rodrigues era detentor das mais "promissoras credenciaes" para a realização da tarefa da redação do Código Civil (VAMPRÉ, 1916, p. 19). Já Clóvis Beviláqua (1906, p. 26) confessa que desejava vincular o seu trabalho ao *Esboço* de Teixeira de Freitas e ao *Projecto* do "Dr. Coelho Rodrigues". Afirma também que retirou mais contribuições do *Projecto* de Coelho Rodrigues do que do *Esboço* de Teixeira de Freitas para a elaboração de seu próprio Projeto de Código Civil.

A escolha de Coelho Rodrigues para a função de projetista do Código Civil também foi uma dura traição aos republicanos convictos. Escravagista e monarquista, o "súdito fiel" Coelho Rodrigues não parecia ser a pessoa mais alinhada com os ideais de um regime que pretendia ser a antítese de tudo isso.

Referências

AGUIAR, Cláudio. *Franklin Távora e seu tempo*. São Caetano do Sul: Ateliê Editorial, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre direito privado*. 2 ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projecto de código civil brazileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BEVILÁQUA, Clóvis. *História da faculdade de direito do Recife*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

BRASIL. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. *Coleção de Leis do Brasil*, dez. 1890.

CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Subsídios para a história do direito pátrio.* Tomo I [1889-1930]. Rio de Janeiro: Livraria Brasiliana, 1967.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 819, jan. 2004.

MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 45, fev. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092001000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 set. 2014.

NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do esboço, apontamento, anteprojetos, projetos e código civil brasileiro, de 1855 a 2001. In: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, 11. Recife, 2000.

RODRIGUES, Antonio Coelho. *Manual do súdito fiel, ou, cartas de um lavrador à sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil.* Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884.

VAMPRÉ, Spencer. O que é o código civil: conferências realizadas na Universidade de São Paulo. São Paulo: Magalhães, 1916.

VEIGA, Gláucio. Estamentos e espaços. In: ______. História das idéias da faculdade de direito do Recife. Recife: Artegrafi, 1993. v. 6

Parcerias na Lei de Inovação Tecnológica

O caso das Sociedades de Propósito Específico (SPE)

LUCIANO FERRAZ
RUBIA CARNEIRO NEVES

Sumário

1. Introdução

O estudo que ora se apresenta objetiva investigar – a partir da Lei de Inovação Tecnológica e da Constituição da República – a possibilidade de instituição pelas ICTs (Instituições Científicas e Tecnológicas),[1] de Sociedades de Propósito Específico (SPE) em regime de colaboração com a iniciativa privada, com vistas à obtenção de produtos ou processos inovadores e respectivas vantagens competitivas.

A ideia central é o tratamento da ICT como unidade incubadora, detentora de conhecimentos e *know-how*, com potencial para fomentar e partilhar com o mercado o nascimento e a criação de entidades incubadas – pessoas jurídicas de direito privado organizadas sob a forma de sociedade personificada, com atuação na área do desenvolvimento tecnológico e da inovação.

Luciano Ferraz é Advogado. Doutor e mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Administrativo na UFMG. Professor de Direito Financeiro e Finanças Públicas da PUC Minas. Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB.

Rubia Carneiro Neves é Professora Adjunta de Direito Empresarial da Faculdade na UFMG. Doutora e mestre em Direito pela UFMG.

[1] Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação Técnológica). "Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...]. V – Instituição Científica e Tecnológica – ICT: órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico."

Isto porque – diferentemente da transferência de tecnologia geradora de *royalties* – a transferência de conhecimentos e *know-how* nem sempre é capaz de gerar produtos e serviços mensuráveis do ponto de vista econômico-financeiro, razão pela qual a participação societária da ICT (incubadora) na entidade incubada (SPE) apresenta-se como alternativa útil à garantia de participação nos lucros e dividendos gerados como base nos aludidos conhecimentos.

A importância desse retorno financeiro deve-se à necessidade de estabelecer um ciclo virtuoso tendente a promover, de forma contínua e permanente, o investimento na produção de conhecimento, ciência e tecnologia, que certamente será incrementada com a participação da ICT nos resultados das incubadas, em especial pela sua condição de sócia minoritária na SPE.

Para confirmar ou refutar a hipótese proposta, analisou-se a forma de organização empresarial (SPE), conforme previsão da Lei nº 10.973/04 (art. 5º) e seu regulamento (art. 5º, Decreto nº 5.563/2005), bem como as interfaces respectivas no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Empresarial e do Direito Administrativo Econômico.

A pesquisa realizada foi exploratória, descritiva e explicativa, fundada em legislação, doutrina e jurisprudência. Duas vertentes teóricas metodológicas balizaram o trabalho. Primeiro, a vertente "social-científica" – ungida à "transformação do pensamento jurídico em tecnologia", notadamente para proporcionar alternativa econômica e socialmente útil à remuneração da ICT nos processos de transferência de conhecimento e know-how. Segundo, a vertente jurídico-dogmática, que estudou o tema sob o enfoque estritamente normativo – quer dizer: interpretou o ordenamento jurídico brasileiro para determinar o porquê da vantagem competitiva da sociedade de propósito específico para a promoção da inovação.

Seguem-se, para além desta introdução, da conclusão e da bibliografia, o desenvolvimento e a análise dos seguintes temas: parcerias na inovação; incubação; Sociedades de Propósito Específico (SPE); vantagem competitiva da constituição da SPE para a ICT.

2. Desenvolvimento: parcerias na inovação; sociedades de propósito específico (SPE); vantagem competitiva da SPE para as ICTs

A Constituição da República arrola o desenvolvimento nacional entre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro (art. 3º, II), e o art. 174 prescreve-lhe o papel de agente normativo e regulador da economia, a quem cabe o desempenho, na forma da lei, das tarefas de *fiscalização, fomento* e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em dias atuais, nas economias emergidas ou emergentes mundo afora – liberais, reguladas ou socializadas – é indiscutível a tarefa reservada às inovações tecnológicas, a ponto de se reconhecer que entre os maiores patrimônios dos Estados na atualidade está a sua capacidade de gerar conhecimento e produzir inovação nas diversas áreas.

Bem por isso, o art. 218 da Constituição da República incumbe ao Estado brasileiro, em todos os níveis, a tarefa de incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, cumprindo às entidades políticas realizar investimentos na formação de recursos humanos, meios e condições especiais de trabalho (§ 2º), para valorizar o mercado interno e alcançar a "autonomia tecnológica" (art. 219, CR).

Sem embargo disso, o modelo de Estado constitucionalmente assentado admite como fundamental, para o alcance desse desiderato, a formação de alianças entre entidades públicas

e privadas[2], cabendo à lei, entre tantas medidas, estimular empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao País.

Com efeito, para promover ciência, tecnologia e inovação, o Estado necessita da iniciativa privada (*lato sensu*) que, por sua vez, depende do estímulo estatal (fomento) para o aprimoramento de seus processos produtivos e produtos – aumentando, com isso, sua capacidade de competir interna e externamente. A firmação dessas parcerias contribui significativamente na repartição dos riscos envolvidos nesse processo de transformação da ciência em inovação tecnológica.[3/4]

De acordo com a teoria da "hélice tríplice", proposta por Etzkowitz em 1994 (ETZKOWITZ, 1994, p. 141), o desenvolvimento de um país é resultante da ação conjunta de organizações empresárias, instituições de ensino superior e o Estado, nos setores de ciência e tecnologia. E cabe ao último fomentar, principalmente por suas "agências de fomento" (e. g., FAPESP, CNPq etc.), a integração entre o setor produtivo e o acadêmico, mediante acordos e parcerias que criem ambiente favorável à participação de organizações empresariais em atividades de pesquisa, realizadas primordialmente em departamentos do setor produtivo e nas instituições de ensino superior (públicas e privadas), em mutualismo.

Para além do aspecto macroeconômico, existem no desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) vantagens para os pactuantes (entidades privadas, instituições de ensino, organismos estatais), fundamentalmente pela união de recursos técnicos, humanos e financeiros, pela maximização das chances, pela divisão dos riscos, pela mitigação dos custos do empreendimento (BRISOLA et al., 1997, p. 2).

Com efeito, para as organizações empresariais do setor produtivo é vantajoso emparceirar-se com instituições de ensino superior, detentoras de extrato humano qualificado e conhecimento científico. Para estas, por sua vez, participar do processo de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) em conjunto com organizações privadas constitui forma de captação de recursos financeiros, físicos e humanos adicionais e complementares.

Nesse passo, a Lei nº 10.973/2004 previu, em seu art. 5º:

> "Art. 5º Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.
>
> Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação" (BRASIL, 2004).

---

[2] Consoante Arnold Wald (1996, p. 27): "a formulação atual do direito do desenvolvimento está vinculada a uma ideia que é, ao mesmo tempo, antiga e nova. Antiga na sua concepção, nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a ideia de parceria. Parceria entre nações, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, parceria entre moradores do mesmo bairro, parceria entre produtor e consumidor, parceria entre acionistas e dirigentes da empresa [...]".

[3] Por administração de risco, também dita *exposure management* ou *risk management*, tem-se a aplicação de análise financeira e utilização de diversos instrumentos financeiros no controle e na redução de determinados tipos de risco (GASTINEAU; KRITZMAN, 2000, p. 342). Administrar risco financeiro significa avaliar e tentar controlar o equilíbrio entre risco e retorno em empresas voltadas ao lucro e em organizações sem fins lucrativos (GASTINEAU; KRITZMAN, 2000, p. 9).

[4] Segundo Giovani Clark e Nizete Lacerda Araújo (2010, p. 189), o Brasil, assim como outras nações, tem um triplo desafio, isto é, gerar novos conhecimentos, transformá-los em tecnologias competitivas e fazê-lo em meio à recente crise econômica internacional. Para eles, em virtude da contida atuação estatal no domínio econômico, instalou-se uma aguda crise socioeconômica mundial iniciada nos setores imobiliário e financeiro dos Estados Unidos. Isso é reflexo de irresponsabilidade e ineficácia das políticas econômicas reguladoras. Daí por que reconhecem que uma das formas de alavancar o desenvolvimento econômico, no micro e no macroambiente, é através do *estímulo à inovação*; e ressaltam a importância do seu incentivo por meio de políticas públicas estimuladoras e sedimentadoras de um sistema criativo nacional, possibilitador de empregabilidade e gerador de renda interna.

O Decreto nº 5.563/2005 (art. 5º), por sua vez, a propósito de regulamentar este preceito, dispôs:

> "Art. 5º A União e suas entidades poderão participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores, desde que haja previsão orçamentária e autorização do Presidente da República.
>
> Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação" (BRASIL, 2005).

Vislumbra-se a aplicação do preceito legal com vistas a iniciativas de P&D no âmbito das ICT, fundamentalmente como forma de institucionalização da experiência adquirida com projetos de incubadoras de empresas.[5]

A autorização legal mencionada atende à exigência do art. 37, XX da Constituição da República e respalda a participação da União e de entidades de sua Administração Indireta (entre elas as ICTs federais) na constituição de SPE[6], com vistas ao desenvolvimento de novas tecnologias e inovação, assegurando o necessário retorno econômico aos constituintes.

A SPE a ser constituída pela ICT em parceria com o setor privado, a despeito da participação da entidade federal (que será minoritária), terá natureza jurídica de direito privado, não integrante da Administração Indireta, submetendo-se a regime privado (entidade que Luciano Ferraz, um dos autores deste artigo, denomina "entidades participadas"), o que lhe garantirá maior flexibilidade e vantagem competitiva em comparação com as demais entidades pertencentes à Administração Indireta.

De acordo com o art. 5º da Lei nº 10.973/2004 (BRASIL, 2004), os requisitos para que a ICT possa constituir a SPE são:

---

[5] De acordo com a ANPROTEC (Associação Nacional de Entidades Promotoras de Empreendimentos Inovadores), a incubadora é um local especialmente criado para abrigar empresas oferecendo uma estrutura configurada para estimular, agilizar, ou favorecer a transferência de resultados de pesquisa para atividades produtivas. Para isso a Incubadora oferece apoio gerencial e técnico (serviços de recepção e secretaria, salas de reunião, internet, telefone, etc.) e uma gama de serviços que propiciam excelentes oportunidades de negócios e parcerias, para que você desenvolva seu projeto/empresa.

[6] As sociedades de propósitos específicos (SPE) não se constituem propriamente em tipo societário distinto, senão em espécie evoluída das formas organizacionais existentes e previstas no Código Civil brasileiro. Sua concepção aproxima-se dos consórcios empresariais regidos pelo art. 278 e 279 da Lei nº 6.404/1976, mas deles se distingue em basicamente um aspecto central, o da personificação jurídica. A despeito do seu uso difundido nas práticas de mercado e de previsões legislativas de idêntico conteúdo (*v.g.*, art. 20 da Lei nº 8.987/1995), a primeira referência legislativa sobre as SPE veio a lume com a Lei nº 11.079/2004 (art. 9º). Após a edição da Lei Complementar nº 128/2008, o art. 56 a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte) também passou a aludir à figura da SPE.

a) Participação privada majoritária na constituição da entidade;

b) Participação minoritária da ICT na constituição da entidade;

c) Objeto social da SPE voltado para o desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos e para a obtenção de produtos ou processos inovadores;

d) Participação dos detentores do capital social nos resultados da propriedade intelectual gerada, na proporção da respectiva participação.

Note-se que o Decreto nº 5.563/2005 (art. 5º) (BRASIL, 2005) foi além do que previu a lei de inovação tecnológica ao disciplinar a constituição da SPE, passando a exigir outros dois requisitos:

a) Previsão orçamentária;

b) Autorização do Presidente da República.

A regra regulamentar deve ser interpretada à luz da Constituição da República e das leis que regem a relação entre a Administração Direta e as entidades da Administração Indireta.

Com efeito, nos termos do art. 84, IV, da Constituição da República, a edição de regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo é limitada à fiel execução das leis, de modo que sua edição só é imprescindível quando vindicada pelo conteúdo da lei a regular. Leciona Pontes de Miranda que:

> "O poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei a regular (...). Regulamentar é editar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto a atividade humana." (MIRANDA, 1973, p. 312-314).

Isso significa que o art. 5º do Decreto nº 5.563/2005 inovou indevidamente no ordenamento jurídico, estabelecendo condições não previstas pelo legislador para que haja a instituição da SPE em análise.

Em se tratando da União (Administração Direta), a própria instituição da SPE dependeria de ato do Presidente da República e qualquer despesa pública exigiria de previsão orçamentária, pelo que se torna possível compreender a razão de ser do dispositivo regulamentar.

Por outro lado, relativamente às entidades da Administração Indireta, notadamente as ICTs, a questão deve ser analisada *cum granus sallis*. Primeiro porque a previsão orçamentária somente será necessária se a participação da ICT implicar a geração de despesas públicas, em virtude do conteúdo típico da lei orçamentária, que é basicamente restrito à previsão de receitas e despesas (art. 165, § 8º da Constituição) – essa previsão orçamentária será desnecessária quando a participação societária se realizar com a integralização de capital em serviços[7], transferência de tecnologia e *know-how*. Segundo porque a autorização do Presidente da República não tem sentido jurídico no âmbito das entidades da Administração Indireta, cuja autonomia administrativa, financeira e orçamentária (note-se que não se refere aqui à autonomia universitária prevista no art. 207 da Constituição) e o vínculo de supervisão e tutela (e não de hierarquia) com o Poder Central afastam a necessidade dessa autorização. Veja-se nesse passo a disciplina objetiva da supervisão ministerial na Administração Indireta, pela dicção do art. 26 do Decreto-lei nº 200/1967.[8]

---

[7] Ressalvada essa possibilidade no caso da sociedade limitada, conforme o § 2º, do art. 1.055 do Código Civil de 2002.

[8] Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I – A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II – A harmonia com a política e a programação do Govêrno no setor de atuação da entidade. III – A eficiência administrativa. IV – A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natu-

Uma vez constituída a SPE, sua contratação por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública – até mesmo pela ICT instituidora – seria precedida de licitação dispensável, nos termos do art. 24, XXXI, da Lei nº 8.666/1993, recentemente incluído pela Lei nº 12.349/2010 (desenvolvimento nacional sustentável). O preceito prevê a contratação direta sem licitação, nos ajustes que visem ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004.

Logo, a constituição da SPE se coloca como alternativa juridicamente viável a ser considerada com vagar pelas ICT, notadamente para o desenvolvimento de projetos de parcerias com as entidades privadas que pretendam viabilizar a criação, transferência e exploração de tecnologias e inovação em regime de mútua colaboração (união de escopo).

3. Conclusão

A SPE prevista no art. 5º da lei de inovação tecnológica (BRASIL, 2004) é uma das formas de estabelecimento de parcerias entre as ICTs e o mercado para a partilha de experiências, conhecimentos, *know-how* geradores de tecnologias e inovação, com imenso potencial de viabilizar recursos e novos investimentos nesse importante campo do desenvolvimento econômico brasileiro.

A referida possibilidade jurídica se explica a partir de interpretação sistemática da Constituição da República de 1988, da lei de inovação tecnológica (e seu regulamento) e das regras regentes da relação entre Administração Direta e Indireta, donde ser possível concluir que o Decreto nº 5.563/2005 (art. 5º) estabelece restrição indevida à constituição de SPE no seio das ICTs. Com efeito, a necessidade de previsão orçamentária somente se justificaria se a constituição da SPE exigisse subscrição de capital que gerasse despesa pública à União ou à ICT; e a autorização do Presidente da República deve ser vista como direcionada à Administração Direta, porquanto as entidades da Administração Indireta, mercê da autonomia administrativa e financeira que as tipifica (note-se que não se refere aqui à autonomia universitária prevista no art. 207 da

---

reza jurídica; b) designação, pelo Ministro dos representantes do Govêrno Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou contrôle da entidade; c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Govêrno; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou contrôle; f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interêsse público (BRASIL, 1967).

Constituição), têm suficiência jurídica na autorização legal do art. 5º da Lei nº 10.973/2004, para alicerçar a decisão de suas instâncias diretivas máximas sobre constituição da SPE.

Demonstra-se, portanto, que a SPE criada a partir de aliança entre a ICT e a iniciativa privada, além de possível e viável sob o ponto de vista jurídico, tem vantagens advindas do regime jurídico de direito privado que lhes regerá a atividade (derivado da participação minoritária do Poder Público na conformação da entidade). Com isso, constitui-se a SPE importante instrumento para propiciar o necessário retorno financeiro a todos os instituidores e investidores, estabelecendo um ciclo virtuoso de pesquisa, ciência, extensão e desenvolvimento econômico.

Referências

ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Paulo César de Rezende de Carvalho. Inteiração universidade-empresa. Brasília: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 1998.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ENTIDADES PROMOTORAS DE EMPREENDIMENTOS DE TECNOLOGIA AVANÇADA. Perguntas e respostas. Disponível em: <http://www.anprotec.org.br/publicacao.php?idpublicacao=117>. Acesso em: 11 set. 2010.

BARBOSA, Denis Borges. O direito da inovação. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

BOCCHINO, Leslie de Oliveira et al. Propriedade intelectual: conceitos e procedimentos. Brasília: Publicações da Escola da Advocacia Geral da União, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de ago 2011.

______. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 26 abr. 2011.

______. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

______. Lei n. 9.279, de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, 15 maio 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

______. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

______. Lei n. 10.973, de 02 de dezembro de 2004. [Lei de Inovação Tecnológica]. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 dez. 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

______. Decreto n. 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 out. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5563.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

______. Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei n. 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

______. Ministério da Ciência e Tecnologia. Manual para a implantação de incubadoras. Secretaria de Política Tecnológica Empresarial – SEPTE, nov., 2000, 33p. Disponível em: <http://www.ufal.edu.br/empreendedorismo/downloads/manual-para-implantacao-de--incubadoras-de-empresas-mct-pni>. Acesso em: 16 jul. 2014.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 9478/97. Autorização à Petrobrás para constituir subsidiárias. Ofensa aos artigos 2º e 37, xix e xx, da Constituição Federal. Inexistência. Alegação improcedente. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1649-DF. Relator: Ministro Maurício Correa. ADI 1.649-DF. DJ 24 mar. 2004. Diário Oficial da União, Brasília, 28 maio 2004.

______. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Constitucional. Sociedade de economia mista: criação. Telebrás: reestruturação societária: cisão. Lei nº 9.472, de 16.07.97, art. 189, inciso I. Decreto nº 2.546, de 14.04.98, art. 3º - anexo. C.f., art. 37, xix. I. - a lei nº 9.472, de 16.07.97, autorizando o poder executivo, para a reestruturação da telebrás (art. 187), a adotar a cisão, satisfaz ao que está exigido no art. 37, xix, da c.f.. Ii. - indeferimento do pedido de suspensão cautelar da expressão "cisão", no inciso i do art. 189 da lei nº 9.472, de 1997, bem assim das expressões "que fica autorizada a constituir doze empresas que a sucederão como controladoras", contidas no art. 3º - anexo, do decreto nº 2.546, de 14.04.98. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 1840-DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ, 25 jun. 1998. Diário da Justiça, Brasília, 11 set. 1998.

BRISOLA, Sandra et al.. As relações universidade-empresa-governo: um estudo sobre a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Educ. Soc. São Paulo, Campinas, v. 18, n.61, dez. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301997000400009>. Acesso em: 16 jul. 2014.

CALDAS, Roberto C. S. Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. Administração pública consensual: uma nova tendência nos acordos de parceria para promover tecnologia e inovação. In: ______. (Org.). Atuação Empresarial no Estado Democrático de Direito. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Clássica, 2013, v. 1, p. 331-359.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSIOLATO, José Eduardo; ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta. Interação Universidade Empresa. Brasília: Instituto Euvaldo Lode (IEL) 1998.

CLARK, Giovani; ARAÚJO, Nizete Lacerda. Incubadora de empresas e o direito econômico. Revista de Direito Empresarial. Curitiba, Juruá, n. 14, p. 187-201, jul./dez. 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Inovação: a construção do futuro. Brasília: CNI, 2009. Disponível em: <http://www.cni.org.br/portal/data/files/00/FF80808123651CCB012370A9AD7460A8/Inova%C3%A7%C3%A3º%20ª%20constru%C3%A7%C3%A3º%20do%20futuro.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Dispõe sobre a constituição e o funcionamento de agências de fomento. Resolução n. 2.828 de 30 de março de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, 02 abr. 2001. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/g/1z45/resolucao--conselho-monetario-nacional-cmn-bacen-n-2828-de-30032001>. Acesso em: 10 ago. 2011.

CONTRIM NETO, A. B. Da natureza jurídica das subsidiárias de empresas estatais. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, n. 128, p. 675-689, abr./jun, 1976.

CRETELLA JUNIOR. José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. IV.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2006.

ETZKOWITZ, H. Academic-industry relations: a sociological paradigm for economic development. In: LEYDERSDORFF, L.; VAN DEN BESSLAAR, P. Evolutionary economics and chaos theory: new directions in technology studies. London: Pinter, 1994.

FACHINI, Cristina et al. Incubadora de agronegócios: empreendedorismo como alternativa à pequena produção rural. [s.l]: Infobiblios, 2007. Disponível em: <http://www.infobibos.com/Artigos/2007_3/incubadora/index.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

FÉRES, Marcelo Andrade. As sociedades de propósito específico (SPE) no âmbito das parcerias público-privadas (PPP). Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 694, 30 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6804>. Acesso em: 09 ago. 2010.

FERRAZ, Luciano. Principais apontamentos acerca das sociedades de economia mista. Separata da Revista do Tribunal de Contas de Portugal, n. 26, jul./dez., 1996.

FERREIRA, Sério Andréa. Sociedade de economia mista e sociedade subsidiária: regime jurídico dos contratos por ela celebrados: alteração contratual: consequências. Revista forense, ano 97, v. 358, p. 201-220, nov./dez, 2001.

FUND, Rockefeller Brotheres. O poder da ideia democrática. Tradução de Luiz Fernandes. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1964.

GARNICA, Leonardo Augusto; JUGEND, Daniel. Contribuições e limitações da Lei da Inovação Federal para a gestão da inovação em pequenas empresas de base tecnológica: estudo de caso. In: XXVI Encontro Nacional de Engenharia de Produção, Fortaleza, Ceará, Brasil, 9 a 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR530350_8241.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

GASTINEAU, Gary L.; KRITZMAN, Mark P. Prefácio. In: _______. Dicionário de administração de risco financeiro. São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuro, 2000.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v.3.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. A democracia. 2. ed. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAHORGUE, Maria Alice. Pólos, parques e incubadoras: instrumentos de desenvolvimento do século XXI. Brasília: ANPROTEC, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. 3.

NEVES, Rubia Carneiro; LETRA, Luís Henrique Vasconcelos da Silva. O acordo de parceria para a promoção da inovação pode contribuir para a efetivação da democracia brasileira? In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 10, 2011, Vitória. Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1., p. 13288-13318, 2011.

NEVES, Rubia Carneiro. Os limites da autonomia privada na regulação dos negócios. In: FIÚZA, César; NEVES, Rubia Carneiro (Org.). Iniciativa privada e negócios. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, p. 13-29, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 3.v., 2006.

PEREIRA, Lílian Barros; MUNIZ, Reynaldo Maia. Obstáculos à inovação: um estudo sobre a geração de spin-offs universitárias na realidade brasileira. In: XXVI SIMPÓSIO DE GESTÃO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA, 16, 17 a 20 de outubro de 2006, Gramado, p. 1. Disponível em: <http://inventta.net/wp-content/uploads/2010/07/Obstaculos-a-Inovacao--um-estudo-sobre-a-geracao-de-spin-offs-universitarias-no-Brasil-lilian_reynaldo.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

ROCHA, João Luiz Coelho. Conta de participação, consórcio e parceria: formas associativas não personalizadas. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 105, p. 37- 41, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SANTOS, Robério Ferreira dos; KOURI, Joffre; SANTOS, José Wellingthon. O agronegócio do algodão: crise e recuperação no mercado brasileiro da matéria-prima agrícola. In: BELTRÃO, Napoleão E. M.; AZEVEDO, Demóstenes M. P. (Coord.). O agronegócio do algodão no Brasil. 2. ed. rev. ampl. Brasília: Empraba Algodão, 2008.

SEMINÁRIO EMPREENDEDORISMO, CIÊNCIA E INOVAÇÃO I. Recife. MELFI, Adolfo. Apoio a parcerias universidade-empresas: políticas de incentivo podem auxiliar pesquisas conjuntas, UFPE, Portal Universia, 12 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.universia.com.br/rue/materia.jsp?materia=15909>. Acesso em: 15 fev. 2010.

SILVA, Evando Mirra de Paula. A ciência que sonha e o verso que investiga: ensaios sobre inovação, poesia, tecnologia e futebol. São Paulo: Papagaio, 2009.

STUBER, Walter Douglas. Natureza jurídica das subsidiárias de sociedade de economia mista. Revista de direito administrativo, v. 150, out./dez, 1982.

TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antônio A. Queiroz; ARAÚJO, Edimir Netto de. (Coord.). Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIEIRA, Vinícius Guilherme Rodrigues. O papel do Estado na economia do conhecimento: o fortalecimento da democracia através das novas tecnologias. In: A REVOLUÇÃO tecnológica, a economia do conhecimento e a democracia. Democracia: o espaço da paz. Império e ditadura: a geopolítica da guerra. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 2004. (Coleção Prêmio Luís Eduardo Magalhães, v. 6).

WALD, Arnold. O direito de parceria e a nova lei de concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento

FELIPE TADEU RIBEIRO MORETTINI
OKSANDRO OSDIVAL GONÇALVES

Sumário

1. Introdução

O desenvolvimento econômico, como processo de modificação de ordem qualitativa e quantitativa da estrutura econômica e da sociedade (NUSDEO, 2001, p. 349), sob o enfoque da Análise Econômica do Direito (AED), passa necessariamente pela afirmação das instituições garantidoras dos contratos celebrados pela Administração.

Nesse contexto, uma análise relativa tanto à possibilidade quanto ao modo de intervenção do Poder Judiciário no que tange aos contratos de concessão de serviço público, principalmente se considerado o arcabouço institucional do sistema de Justiça e a posição dos magistrados e das cortes quando instados a solucionar problemas causados por incompletudes contratuais, pode gerar maior previsibilidade, diminuir os custos de transação e atrair maiores investimentos do agente econômico privado, gerando maior crescimento, parte do desenvolvimento.

Para essa análise, é necessário abordar a conexão entre o Direito e a Economia por meio do entrelaçamento dos fatos econômicos e das

Felipe Tadeu Ribeiro Morettini é mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, especialista em Direito Administrativo pela Universidade Estadual de Londrina e procurador federal (AGU).

Oksandro Osdival Gonçalves é advogado, mestre em Direito Econômico e doutor em Direito Comercial. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

instituições, na medida em que se procura exatamente abordar o impacto do poder Judiciário sobre os custos de transação que envolvem todo negócio jurídico.

Não apenas a previsibilidade do seu cumprimento, mas o tipo contratual utilizado pela Administração é relevante na busca pelo desenvolvimento econômico, em que se nota a importância do contrato de concessão de serviço público para o País. Os custos envolvidos nesse contrato são também essenciais para que possa ser elaborada uma análise específica quanto ao custo relativo ao seu controle judicial. Além disso, uma tentativa de quantificação daquele custo, ainda que simplificada, é imprescindível para possibilitar a mensuração do impacto da instituição em questão.

2. Direito, Economia e instituições

Direito e Economia devem ser vistos como um todo indiviso, apesar de terem objetivos diferentes: o primeiro com foco na Justiça como reguladora das ações humanas e o segundo com enfoque na eficiência baseada na racionalidade dos agentes (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 4). Em outra abordagem, pode-se dizer que o Direito, como disciplina, rege as atividades humanas do ponto de vista do proibido, do permitido e do obrigatório, mas que não dizem respeito à internalidade subjetiva. Por sua vez, a disciplina Economia refere-se às atividades humanas abertas às escolhas na troca de valores ou coisas, realizadas segundo normas que se podem entender e explicar. A intersecção de ambas se daria pela voluntariedade das ações humanas constrangidas ora pelos deveres jurídicos, ora pelas necessidades materiais (LOPES, 2012, p. 232-234). A relação entre as duas áreas também ocorre porque os fatos econômicos dependem diretamente das instituições, entendidas estas como a junção do conjunto de regras que as regem (leis e contratos) e do sistema que as garante (poder Judiciário) (NUSDEO, 2001, p. 30).

A relação pode ser encarada de maneira ainda mais conturbada, caso se considere que o sistema judicial atualmente vai além da lógica "legal *versus* ilegal" quando é provocado a solucionar disputas, o que gera insegurança para o próprio sistema econômico capitalista baseado na previsibilidade.

Do embate teórico entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial, principalmente quando se fala em aspectos técnicos contratuais (WANG; DE PALMA; COLOMBO, 2010, p. 274-283), surgem decisões judiciais que ultrapassam certos limites institucionais do poder Judiciário, com a utilização errônea de métodos de hermenêutica judicial (como o proposto por Alexy) ou que extrapolem os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários (questão esta posteriormente debatida), em prejuízo da eficiência econômica e contribuindo para criar um ambiente de incertezas (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 6). Quanto ao assunto, importante anotar algumas críticas sobre como os juízes brasileiros se apropriaram erroneamente de teorias estrangeiras para erigir novos modelos de análise em face da Constituição de 1988, principalmente as ligadas à jurisprudência dos valores e à teoria da argumentação de Robert Alexy, na qual uma "ponderação de princípios" é utilizada meramente para que o juiz dê sua opinião pessoal sobre o problema (STRECK, 2011, p. 8-10). Outro apontamento é o fato de o poder Judiciário não poder substituir o constituinte originário, criando uma "Constituição paralela" por meio de interpretações subjetivas diante da lacuna legislativa (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 81). Todas essas posições adotadas pelos membros do Poder Judiciário elevam sobremaneira a incerteza jurídica.

Para Max Weber, o conflito entre as áreas atinge a própria estrutura do sistema capi-

talista, pois as normas gerais e abstratas devem ensejar condições de certeza jurídica, possibilitando que os agentes econômicos conheçam antecipadamente os resultados jurídicos de suas ações e decisões. Esse cálculo econômico requer previsibilidade sob vários aspectos, inclusive os relativos aos comportamentos dos agentes e às decisões das autoridades na aplicação do direito. O Direito faz parte das condições sociais necessárias para tanto (WEBER, 1964 apud MELLO, 2006, p. 45–66). Alguns autores vão além disso e estabelecem uma relação direta entre Direito e Estado, na qual a economia encontra guarida. Nesse sentido, políticas públicas, principalmente de natureza econômica, são introduzidas no ordenamento jurídico. Assim, em casos de crise como a ocorrida nos EUA em 2008 – e que, devido à globalização, se alastrou para o restante do mundo –, o Direito é chamado para produzir meios de solução, que muitas vezes não condizem com o pensamento econômico dominante do período histórico (SHWARTZ; PRATES DA SILVA, 2012, p. 313). Situações de colisão entre Direito e Economia, assim, gerariam incertezas que afetariam a própria racionalidade econômica.

Apesar desses conflitos entre Direito e Economia, diversos estudos desenvolvidos na década de 90 demonstraram empiricamente a importância das instituições na organização da atividade econômica, principalmente da lei, dos contratos e do sistema judicial (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 11-12). Antes disso, a Teoria da Regulação Econômica (TRE) não considerava tais elementos institucionais, tampouco o papel ativo que os agentes desenvolvem, mesmo que de modo negativo, como ludibriar e confiscar (SOUZA, 2009, p. 31-34). Para a tradicional escola da *Law and Economics*, cujo maior expoente é Posner, bastaria a análise de uma norma isolada de seu ambiente institucional para interpretarmos economicamente o Direito.

Por esse motivo, desenvolveu-se uma teoria institucionalista, representada pela Nova Economia Institucional (NEI), onde custos de transação são incluídos nos fenômenos econômicos e decorrem essencialmente das instituições e da História (MACEDO, 2012, p. 219-220). Essa abordagem, portanto, aponta para inclusão das diversas instituições, sejam formais ou informais, e sua atuação no ambiente econômico. Analisa-se a interação entre os agentes econômicos de acordo com as instituições, entre elas o poder Judiciário, e, a partir daí, compreende-se o processo regulatório para sanar as falhas do mercado, que estariam relacionadas às possíveis fragilidades das instituições (SOUZA, 2009, p. 31-34). Dessa noção, portanto, a nova economia institucional busca o melhor funcionamento do mercado pela diminuição dos custos de transação (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 30), sendo estes afetados por aquelas instituições que promovem comportamentos por meio de regras e de acordo com seu ambiente de aplicação (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009).

As leis seriam determinantes para minimizar o impacto dos custos nas relações econômicas, seja pela distribuição do direito de propriedade, seja pela definição da redistribuição da renda; os contratos facilitariam a troca de bens dentro do mercado e não da empresa, além de distribuir riscos; e o Judiciário arbitraria disputas no caso de situações não previstas no contrato (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 14). Os contratos, inclusive, seriam, na visão de Max Weber, peças-chaves para as relações econômicas, já que propiciariam liberdade substantiva para negociar e, ao mesmo tempo, permitiriam garantir a execução do acordado (WEBER, 1964 apud MELLO, 2006, p. 62).

Douglas North (1994, p. 359-360) afirma que as instituições formam as estruturas de incentivo da sociedade, sendo que as instituições políticas e econômicas determinam a *performance* econômica e, portanto, o desenvolvimento. Além disso, o autor acredita ser o fator "tempo" fundamental para a sua determinação, sendo ele a dimensão em que o processo de aprendizagem dos seres humanos as formatam de acordo com as mudanças sociais e não apenas de acordo com a vontade de um único indivíduo.

As instituições, desse modo, são limitações humanamente projetadas às interações sociais, podendo ser formais, como as leis, ou informais, como as normas de comportamento. Seria exatamente a conjunção dessas limitações adicionadas às características de sua coercibilidade providas pelo sistema judicial, que determinaria os custos de transação e transformação adicionados ao custo de produção (NORTH, 1994, p. 360). O autor relaciona-as ainda ao sistema cognitivo humano no qual elas representariam o mecanismo individual mental externo criado para estruturar e ordenar o ambiente, onde se pode perceber a real influência da criação dos limites formais ou informais e de sua mudança no decorrer do tempo.

O Direito, portanto, está umbilicalmente associado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e asseguradas por ele. Partindo-se desta premissa teórica, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009) enfocam juridicamente a relação entre a Economia e o Direito por meio da Análise Econômica do Direito (AED), um método de interpretação do fenômeno jurídico no qual são utilizadas as metodologias criadas na ciência social econômica, especialmente com a incorporação dos elementos valor, utilidade e eficiência. Esse método está baseado em dois enfoques: na análise positiva do Direito, relativo aos efeitos econômicos que ocorrem com um determinado enquadramento jurídico, e na análise normativa do Direito, que determina qual enquadramento jurídico deve ser criado a fim de se atingir a maior eficiência econômica. A AED deve necessariamente levar

em consideração a questão da escolha racional dos agentes, a eficiência, as falhas de mercado e os custos de transação como temas econômicos na interpretação do Direito.

No que se refere especificamente aos contratos, a mesma autora alerta sobre a importância não apenas da análise econômica de sua estrutura, mas também da sua proteção e as consequências do descumprimento. O cumprimento dos contratos, assim, é essencial para o desenvolvimento, pois a confiança nele e na possibilidade de obrigar o seu cumprimento gera ganhos de eficiência dependentes da vontade das partes em fazê-lo e do próprio ambiente institucional, motivo pelo qual a Análise Econômica do Direito se ocupara intensamente dele, sendo fundamental o papel dos Tribunais (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 129-130).

3. Desenvolvimento econômico e contratos de concessão

A visão mais comum sobre desenvolvimento estaria ligada apenas ao seu aspecto quantitativo chamado de crescimento econômico e entendido como aumento do Produto Interno Bruto (PIB) (ELI DA VEIGA, 2007, p. 92), ideia esta incompleta por estar mais próxima de um ciclo do que de um processo que atinge a estrutura da economia.

O desenvolvimento, na visão de Calixto Salomão (2002, p. 32-33), deve caracterizar-se como um processo de conhecimento social gerador de maior inclusão possível, o que ele denominou democracia econômica. Explica-se. Como o domínio político estatal está cada vez mais distante do campo econômico, já que deixa de transmitir ao mercado as preferências dos eleitores, seria necessário cogitar valores que permitam controlar a esfera econômica independentemente dos influxos políticos. Isto apenas seria alcançado caso a esfera econômica pudesse por si mesma identificar seus problemas e mudar seus destinos por meio da democracia econômica, na qual todo cidadão teria o direito de se fazer ouvir em tal campo. Em última análise, tratar-se-ia da necessidade de uma regulação econômica preocupada com a preservação de valores econômicos próprios daquela sociedade.

Outra visão é aquela colocada pela nova economia institucional, onde desenvolvimento econômico significa desenvolvimento das instituições (NORTH, 1990), mas que hoje sofre um grande debate entre os teóricos ligados ao assunto, principalmente em relação (i) ao papel do Direito em contraposição aos métodos informais de controle social como fator determinante de resultados sociais e econômicos em Estados em desenvolvimento, (ii) existência de barreiras culturais, políticas e econômicas à implementação de reformas institucionais que levem ao desenvolvimento naquelas nações, (iii) ao tipo de reforma que deveria ser levada a cabo e (iv) aos atores capacitados para tanto (TREBILCOOK; DAVIS, 2009, p. 218).

A discussão já se inicia pelo próprio conceito de desenvolvimento como meramente econômico ou também incorporador de aspectos sociais, que demandariam instituições diferentes para o seu alcance. Especificamente, os adeptos da Nova Economia Institucional acreditam que as prioridades das instituições devem estar ligadas a fatores como direitos de propriedade bem definidos e transmissíveis, facilitados pelo sistema formal de direito contratual (TREBILCOOK; DAVIS, 2009, p. 224). Os críticos dessa corrente alegam que tais instituições nos moldes dos países desenvolvidos ocidentais estariam fadadas ao fracasso quando de sua mera transposição para países em desenvolvimento, pois não existiriam as mesmas precondições para implementação do mesmo modelo (TREBILCOOK; DAVIS, 2009, p. 233). E vão além, questionando a

própria efetividade das normas e instituições jurídicas em contraposição às normas e instituições associadas à tribo, ao clã e à comunidade, questão, inclusive, já tratada por Douglas North (TREBILCOOK; DAVIS, 2009, p. 244-246).

Mais uma crítica a esse movimento, oriunda principalmente do paradigma desenvolvimentista, estaria no fato de considerar o papel do Direito extremamente restrito, unicamente ligado à garantia dos interesses privados (SHAPIRO, 2010, p. 215), o que o incapacita a lidar com diferentes arranjos institucionais esculpidos ao longo de trajetórias históricas e materializadas em um complexo legal e valores culturais que dão base à organização econômica e social dos países em desenvolvimento (SHAPIRO, 2010, p. 238).

Outro problema estaria ligado à crença irrestrita no potencial transformador das mudanças institucionais. Exemplifica-se. Como os países pobres apresentam falhas estruturais em suas economias, muitas vezes a rentabilidade dos investimentos não é atrativa ao setor privado, que, por tal razão, deixa de aplicar seus recursos nesses setores, motivo pelo qual uma trajetória de crescimento deve ter instituições capazes de articular artificialmente ganhos econômicos por meio da ação direta do Estado para investimentos relevantes, conforme ocorrido em países como Coreia do Sul e China. Portanto, a mera transposição de instituições de países desenvolvidos ocidentais que determinam apenas a garantia contratual e os direitos de propriedade com a menor intervenção estatal possível, conforme preconizado pela *Rule of Law*, não é capaz de ser transplantada diretamente para países em desenvolvimento (SHAPIRO, 2011, p. 348-349). A melhor conclusão a que se poderia chegar para o alcance do desenvolvimento é que as instituições são importantes, mas devem ser adaptadas ao contexto econômico, social e cultural em que serão insertas.

Independentemente desse debate, já que não se está tratando de reformas jurídicas, mas de controle judicial dentro das normas já postas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, importante verificar a relação entre Constituição e desenvolvimento. Essa relação é de difícil apreensão, pois implica algumas dificuldades, como a reciprocidade das possíveis relações de causalidade entre ambas noções, a falta de universalidade do conceito de Constituição, dada sua mutabilidade ao longo da História, ou, ainda, sua eficácia variável. Entretanto, aspectos da Constituição certamente influem no desenvolvimento, tanto por regular direitos e propriedade, quanto as formas de governo e direitos fundamentais (VIEIRA; DIMOULIS, 2012, p. 382-383).

Apesar dessa dificuldade, a ideia por trás desses conceitos é positiva, já que tanto a Constituição quanto o desenvolvimento conotam noções de emancipações da própria Humanidade – a primeira, ligada à restrição da arbitrariedade do poder político, e a outra, à satisfação das necessidades materiais e espirituais dos indivíduos (VIEIRA; DIMOULIS, 2012, p. 386). Isto nada tem a ver com a crítica de alguns autores quando falam na necessidade de redução da expectativa quanto à influência do próprio Direito como componente do desenvolvimento em si, dada a complexidade do sistema jurídico e a dificuldade de sua modificação por meio de conceitos simplistas (BARRAL, 2006, p. 29).

O desenvolvimento adquiriu força normativa no Brasil ao ser alçado à condição de objetivo fundamental da República, segundo o artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal. Tal inciso deve ser interpretado em conjunto com os outros do mesmo artigo, já que a ideia de desenvolvimento deve envolver não apenas uma garantia, mas também a sua promoção pelo Estado brasileiro. Assim, analisando o *caput* do artigo 170, poder-se-ia alegar que o

desenvolvimento nacional seria alcançado por meio da ordem econômica brasileira fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, ambos também previstos como fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º, IV), com a finalidade última de assegurar a todos existência digna, associada essencialmente com os direitos sociais da Constituição Federal.

Ainda, existe o direito ao desenvolvimento decorrente do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, sendo o Brasil incorporador da legislação de Direito Público Internacional que trata do desenvolvimento sustentável – como a Agenda 21, oriunda do relatório Brundtland e que culminou com a segunda Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como Eco-92. Outros autores reconhecem o direito ao desenvolvimento de forma implícita na Constituição Federal como estreitamente ligado a valores democráticos ali albergados, cujos direitos sociais estão consagrados no artigo 6º e sua concretização é o maior exemplo (SOARES, 2010, p. 469).

O mesmo ocorreria em relação à finalidade da ordem econômica estipulada no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal e os serviços públicos, em que existiria o dever do Estado de atuar como regulador (artigo 174 da Constituição Federal) ou como prestador de serviço público (artigo 175 da Constituição Federal). Sem entrar no mérito da definição de serviço público, poder-se-ia afirmar que ele se relaciona às atividades ligadas ao desenvolvimento nacional sustentado, pois sua efetivação está intimamente ligada aos direitos sociais, principalmente a infraestrutura necessária a sua realização (SHIRATO, 2005, p. 2).

A efetivação dos serviços públicos, imperativo para o alcance do desenvolvimento, portanto, necessariamente se atrela à atividade regulatória do Estado que organiza a atividade econômica, seja intervindo por meio da concessão de serviço público ao particular e regulando sua utilização, seja pelo exercício de poder de polícia – edição de regras e fiscalização (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21).

A utilização deste tipo contratual parece ser no Brasil a instituição que mais se adequou à realidade e à cultura nacionais, pois constitui um instrumento extremamente maleável em sua confecção, permitindo maior flexibilidade na relação entre Estado e particular em face da constante mudança do ordenamento jurídico pátrio. Assim, uma das principais instituições envolvidas na busca pelo desenvolvimento econômico seria o contrato que viabiliza a concessão de serviço público. Quando se trata de contrato e desenvolvimento, portanto, impossível não tratar do contrato de concessão de serviço público, cujo valor instrumental é de extrema importância na realização das escolhas políticas do Estado (GUIMARÃES, 2012, p. 58).

4. Análise econômica do direito e alguns custos de transação envolvidos nos contratos de concessão de serviço público

Os contratos de concessão ligam-se diretamente ao investimento em infraestrutura e à expansão da prestação de serviços públicos, principalmente daqueles efetuados em parceria com o setor privado. Para atrair esse investimento privado, que participaria indiretamente ou diretamente por meio das referidas concessões comuns ou especiais (parcerias público-privadas), em que há insuficiente alocação de recursos, é necessário um ambiente favorável com a menor quantidade de risco possível e que contenha instituições sólidas.

Esses contratos têm investimentos vultosos e são de longa duração, sendo os chamados custos de transação – o custo gerado por uma

transação em uma troca no mercado aberto – (COASE, 1961, p. 9-15) determinantes para as decisões econômicas, tendo em vista os prejuízos advindos da dificuldade de interpretar e obrigar sua execução, principalmente em um ambiente de imprevisibilidade econômica, jurídica e política do país.

Bem discutida por Coase (1961), a realocação de direitos, ou negócio, somente ocorrerá quando o aumento na produção por ela gerado for maior que os custos incorridos para implementá-la (custos de transação). A visão econômica por meio dos custos de transação, inclusive, faz parte da tradição da Nova Economia Institucional.

Segundo Williamson (1985, p. 20-21), inovando a teoria de Coase, o problema da organização econômica estaria, na realidade, diretamente ligado à dificuldade de se contratar e aos custos envolvidos nisto, principalmente nos mecanismos de adaptação dos agentes a eventos não antecipáveis. O autor divide tais custos contratuais em *ex ante* e *ex post*. Os primeiros seriam ligados à estrutura contratual, à própria negociação e ao estabelecimento das salvaguardas, ao passo que os outros se referem ao monitoramento do acordo e à renegociação em caso de descumprimento, principalmente quanto às estruturas contingentes e de correção para isto, além da execução das salvaguardas estabelecidas anteriormente. Ambos os custos são interdependentes e difíceis de ser quantificados.

Mais recentemente, outros autores estabeleceram divisões semelhantes, mas que merecem ser citadas pelo seu caráter didático. Cooter e Ulen (1998, p. 120-124) dividem-nos em três espécies: custos de busca, custos de arranjo e custos de execução. Outra sistematização é a adotada por Pinheiro e Saadi (2005, p. 62), segundo a qual se encontram cinco atividades: busca de informação, negociação, formalização do contrato, monitoramento e, por último, a atividade de cumprir o contrato, cobrar pelo seu descumprimento ou recuperar direitos de propriedade violados.

De qualquer forma, importante notar nessas divisões que boa parte dos custos de transação está ligada às incertezas e à necessidade de se fazer cumprir o contrato celebrado ou buscar ressarcimento pelo descumprimento, quando a intervenção judicial contribui enormemente para o aumento da previsibilidade destas atividades, já que atua primordialmente como instituição garantidora das regras jurídicas e contratuais preestabelecidas.

As incertezas envolvidas nos negócios, por sua vez, podem estar relacionadas ao ambiente, como a escassez de determinado produto, ou ao comportamento dos contraentes, que podem agir de forma oportunista, prejudicando o outro partícipe e até mesmo o próprio negócio. O formato do contrato determinará a distribuição dessas incertezas na forma de assunção de riscos pelas partes, principalmente pela inclusão de cláusulas

de esforço que monitorem ou criem incentivos aos contraentes, funcionando como fator de redução das ações oportunistas, chamadas de *hold-ups*, após a sua celebração. As alternativas para a solução do problema de *hold-up* são centrais para os custos de transação, já que levam à comparação entre as formas de coordenação das partes para se chegar a uma maior eficiência (TORRES DOS SANTOS, 2004, p. 236-239). Tais alternativas que obrigam à execução do contrato são chamadas de *enforcement* e podem envolver o aparato jurídico ou sanções contratuais internas (*self-enforcing*), sendo a função do primeiro criar condições previsíveis para a distribuição de direitos, essencialmente.

Neste artigo, o foco está em analisar exatamente o *enforcement* ligado ao aparato jurídico como um custo de transação *ex post*, motivo pelo qual o *self-enforcing* não será tratado especificamente. Essa análise é de grande importância para os contratos de concessão de serviço público, pois as grandes aplicações de capital e ativos específicos à prestação do serviço geram fortes riscos de *hold-up* (TORRES DOS SANTOS, 2004, p. 251), que normalmente levam à necessidade de intervenção judicial.

Por meio da AED, portanto, pode-se utilizar esse conceito de custos de transação, próprio da ciência econômica, para analisar o fenômeno jurídico externado nas decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público e chegar à conclusão quanto à sua previsibilidade. Assim, uma análise das decisões judiciais relativas ao contrato de concessão de serviço público, sob o aspecto da garantia ou não das cláusulas inicialmente acordadas, bem como todos os aspectos que envolva a questão, tem o condão de tornar clara a variância do *enforcement* da sua instituição garantidora, no caso, o poder Judiciário. A determinação dessa variância, por sua vez, leva à diminuição do custo de transação *ex post* ligado à necessidade de obrigar à execução do contrato judicialmente, o que contribui para gerar maior segurança e previsibilidade, aumentando o fluxo das transações econômicas.

4.1. Controle judicial como custo de transação dos contratos de concessão de serviço público

Um bom sistema judicial influi de forma substancial na Economia, tanto por gerar previsibilidade para as decisões econômicas, diminuindo custos de transação *ex post*, quanto para definir as regras do jogo e os mecanismos pelos quais elas são garantidas. Ao contrário, um sistema que gere insegurança jurídica cria um ambiente de negócios com altos riscos e desincentiva os investimentos. Arida, Bacha e Lara-Rezende (2005, p. 274-275) tratam desse tema da insegurança jurídica por meio da constatação de que os magistrados têm atuação política pró-devedora quando instados a julgar alguma causa relativa ao cumprimento dos contratos. Para os autores, com essas decisões, os direitos de propriedade privada não encontrariam guarida nas decisões judiciais, o que desestimularia as relações econômicas de longo prazo por lhes retirar previsibilidade. Especificamente, o estudo trata sobre mercado de crédito e chega à conclusão de que o fato estimularia a cobrança de juros mais altos do que os índices oficiais devido à elevação dos riscos.

A incerteza jurisdicional também pode levar a casos de seleção adversa. Segundo essa teoria, a parte envolvida há mais tempo no negócio tem mais informações sobre suas particularidades que as novas partes que procuram o mesmo negócio, o que a leva à atuação oportunista que antecederia a celebração do contrato. George Akerlof (1970, p. 488-490) tratou do caso com relação ao mercado de carros usados nos Estados Unidos, em que buscava uma razão para a queda do preço desses automóveis em relação

aos novos. A conclusão foi a de que haveria assimetria de informação entre vendedores e compradores, já que os primeiros detêm as reais informações sobre o produto, e os outros apenas as adquiriam após a compra. Esta, por sua vez, lhes proporcionaria o conhecimento de eventuais defeitos, o que os levaria a vender os carros, causando diminuição dos preços. O efeito final no mercado seria que os detentores de carros de melhor qualidade, porém usados, não os venderiam a preços baixos, causando uma queda na venda dos carros usados, pois só os proprietários de carros defeituosos se interessariam em vendê-los. Assim, a assimetria de informação levaria à redução da qualidade dos produtos em determinado mercado e também à do seu próprio tamanho.

Aplicando-se a teoria da seleção adversa em relação especificamente ao "mercado de serviço do poder Judiciário", Ivo Teixeira Gico Júnior (2012, p. 123) explica que a depreciação do capital jurídico gera insegurança jurídica, aumentando os níveis de litigância e gerando a sobreutilização do Judiciário, tornando-o moroso. Isso pode constituir um mecanismo por meio do qual detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto os agentes ilegítimos são levados a litigar justamente por causa desta morosidade para postergar o adimplemento de suas obrigações. Ora, o mesmo caso não se aplicaria quando houvesse insegurança jurídica gerada por ausência de previsibilidade das decisões judiciais acerca dos contratos de concessão? Certamente essa insegurança estimularia o uso do poder Judiciário oportunisticamente por uma das partes.

Especificamente em relação ao contrato de concessão de serviço público, a previsibilidade passa pela análise das decisões judiciais em relação à garantia ou não das cláusulas contratuais e dos motivos que levaram à resposta dada, compostos principalmente por aspectos organizacionais e legais.

O problema surge quando é questionado de que modo se pode efetuar essa análise para que seja gerada a previsibilidade almejada. Armando Castellar Pinheiro inicia o assunto reforçando que, apesar de o papel da legislação ser fundamental para uma economia de mercado, ela precisa ter pilares em instituições sólidas que garantam sua aplicação e resolvam os conflitos surgidos ao longo do tempo, papel eminentemente desempenhado pelos tribunais (PINHEIRO, 2000, p. 21). Não apenas este, mas o alcance de outros objetivos, muitas vezes inconciliáveis (como Justiça e eficiência), torna extremamente difícil o estabelecimento de uma medida para determinar a qualidade do sistema judicial por meio da análise de suas decisões. Além de a capacidade do sistema judiciário eficiente depender da clareza do sistema legal, existe dependência relativa à própria elaboração dos contratos. Ambas as razões, adicionadas aos

princípios abertos erigidos pela sociedade e albergados pela Constituição, tornam mais difícil ainda a criação de um meio objetivo de mensuração amplamente aceito.

Pode-se estabelecer, todavia, que a previsibilidade deve ser direcionada para a necessidade de baixa variância do resultado da decisão judicial em si, seguindo uma lógica do perde (0), quando a cláusula contratual é alterada, ou ganha (1), caso ocorra o contrário, e diminuição do tempo envolvido no processo decisório.

Portanto, adotando a concepção de que as decisões judiciais são um custo de transação para os contratos de concessão de serviço público, sua análise teria o condão de orientar o planejamento do investimento pelo agente econômico por gerar justamente previsibilidade, diminuindo significativamente os custos de transação ligados a elas e envolvidos no negócio.

4.2. Técnica sugerida para a análise do controle judicial

Para a realização da análise relativa às decisões judiciais, torna-se imperativo o desenvolvimento de uma técnica que, para ser efetiva, deve levar em consideração o arcabouço institucional do sistema de Justiça e a preferência dos magistrados e das cortes, pois ambos os fatores justificariam em grande parte a decisão analisada. O último fator, inclusive, é de extrema importância, já que o comportamento dos agentes que fazem parte do sistema é muitas vezes mais determinante para os resultados do que ele mesmo.

Antes de adentrarmos o desenvolvimento de um modelo heurístico, é necessário ressaltar que, no presente caso, como os objetos do modelo são as decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público, deve-se simplificar as questões envolvidas no processo de modo a tornar as respostas mais objetivas e, portanto, passíveis de mensuração. Julga-se, portanto, pertinente um modelo que diga respeito aos atributos institucionais e à preferência dos magistrados e das cortes, envolvendo o embate teórico entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial na supressão de vazios contratuais, bem como a questão relativa ao critério do controle judicial da discricionariedade técnica da Administração.

O ativismo é uma atitude de escolha interpretativa, expandindo-se o sentido e alcance da norma, principalmente da constitucional. Ele se manifestaria em condutas que, por exemplo, apliquem as normas constitucionais diretamente em situações não expressas pelo legislador, além da já citada imposição de condutas ou abstenções à Administração (BARROSO, 2009, p. 7-8). De forma oposta, também se encontra a definição do oposto do ativismo, a autocontenção judicial ou deferência

judicial. Com efeito, a ampliação do controle de legalidade, que passou a ser realizado por meio de princípios, deixou muito tênue a linha que separa a divisão de atos vinculados e discricionários, o que gerou vários graus de vinculação dos atos à juridicidade, surgindo diferentes escalas de controle à disposição do poder Judiciário. Por esse entendimento, a estipulação de critérios permitiria uma maior ou menor interferência quando presentes. Um desses critérios, por exemplo, seria a tecnicidade envolvida no ato ou a participação dos atingidos pelos efeitos no processo administrativo que gerou a decisão discricionária. A deferência judicial, portanto, decorre de uma visão mais crítica sobre a não limitação do controle judicial dos atos administrativos (WANG *et al.*, 2010, p. 279-280). Na autocontenção judicial, o poder Judiciário diminui sua interferência por meio, por exemplo, da espera pela ação do legislador quando não existe matéria prevista em lei ou na abstenção de interferência em políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6-7).

Apesar da divergência e da falta de clareza nas definições de ativismo – mesmo porque não há um parâmetro ou critério que defina satisfatoriamente a dimensão semântica do conceito (CONTINENTINO, 2012, p. 141), o que pode dificultar o estabelecimento de posições adotadas pelo magistrado em suas decisões –, ao final, pode-se, a partir da consideração de certos elementos constantes nas decisões, definir se o juiz adotou uma posição ativista na sentença analisada. E será esse dado que irá compor um "banco de dados" para análise.

Para o presente artigo, alguns assuntos que podem ser encontrados sobre ativismo/autocontenção judicial não devem ser considerados, já que desnecessários para se estabelecerem as variáveis ligadas às decisões que influenciam contratos, pois vão além da constatação de uma posição e tratam mais do processo decisório em si. Um primeiro exemplo seria o das críticas à intervenção judicial, dado seu risco para a legitimidade democrática, para a politização da Justiça ou para os limites da capacidade institucional do poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 10-15). Importante apenas notar que, sem entrar na questão de uma maior supremacia do Judiciário, a mudança histórico-social cristalizada principalmente em princípios constitucionais, tem relação na delimitação do conceito de ativismo judicial (CONTINENTINO, 2012, p. 147). Outro exemplo do que não será abordado está na discussão sobre como os juízes brasileiros se apropriaram erroneamente de teorias estrangeiras para erigir novos modelos de análise em face da Constituição de 1988, principalmente as ligadas à jurisprudência dos valores e à teoria da argumentação de Robert Alexy, na qual uma "ponderação de princípios" é utilizada meramente para que o juiz dê sua opinião pessoal sobre o problema (STRECK, 2011, p. 8-10).

Também não serão abordadas as teorias de hermenêutica jurídica, tema muito amplo e essencial para a teoria do Direito, mas de pouca relevância para o presente estudo. Essa ressalva deve ser feita porque a maior ou menor interferência do poder Judiciário nos atos administrativos depende dos objetivos que são atribuídos à interpretação jurídica definida, em linhas muito gerais, como o descobrimento ou determinação do significado e amplitude das normas e atos jurídicos (OLIVEIRA, 2012, p. 12). Tampouco deve ser abordado o tema relacionado ao problema da interpretação em termos da sua verdade ou falsidade, enfrentado, por exemplo, entre subjetivistas e objetivistas (PESSÔA, 2010, p. 43). Apenas importa para este artigo o estabelecimento de variáveis ligadas às decisões que influenciam contratos, inclusive as institucionais, sendo que a hermenêutica trata do processo decisório em si, não da mera constatação de uma posição determinada.

Partindo-se dessas premissas, um modelo que sintetiza os objetivos propostos, apesar de revelar alguma simplificação, foi o adotado por Rafael Silveira e Silva e Álvaro Pereira S. Costa Jr. (2009). Para os autores, quando se trata dos custos de transação ligados ao ambiente institucional, pode-se estabelecer quatro atributos: (i) quantidade de instâncias decisórias no sistema judicial; (ii) "força" dos mecanismos de reforço de precedentes; (iii) "força" dos controles sobre a atividade jurisdicional das instâncias ordinárias pelas instâncias superiores; (iv) e a existência de prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda da Corte.

Em relação à quantidade de instâncias decisórias no sistema judicial, o impacto sobre os custos de transação é notório, uma vez que, quanto mais tomadores de decisão haja sobre determinado assunto, maior a probabilidade de surgir uma decisão que altere o contrato de concessão substancialmente. A "força" dos mecanismos de reforço de precedentes também não oferece maior esforço interpretativo, já que funcionam como um sistema de regras interpretativas coercitivas aos tomadores de decisão, gerando maior previsibilidade. Quanto à "força" dos controles sobre a atividade das instâncias ordinárias pelas instâncias superiores, deve-se ter em mente tanto o âmbito jurisdicional quanto o administrativo de forma direta. O maior exemplo é a suspensão de liminares contra o poder público. Por fim, a existência de prerrogativas institucionais à disposição do controlador da agenda da Corte segue o mesmo esquema quanto à probabilidade de centralização: se total, o custo é 0; se dispersa, o custo é 1. Exemplo: o presidente de um tribunal pode trancar recursos manifestamente inadmissíveis, sem que tal questão seja decidida por um colegiado (SILVA; COSTA JÚNIOR, 2009).

Silva e Costa Jr. também estabeleceram atributos das decisões que dizem respeito à preferência dos magistrados e das cortes, dos quais serão adotados os seguintes: (i) possibilidade e o grau de interferência do Judiciário no contrato de concessão, ou seja, o grau de ativismo; (ii) inclinação do juiz pela possibilidade de alteração do contrato motivado pela necessidade de realização de redistribuição de recursos; (iii) inclinação do juiz a levar em conta aspectos econômicos em sua decisão (SILVA; COSTA JÚNIOR, 2009).

Como sugestão, pode ser adotada a seguinte quantificação quando da análise da decisão judicial: custo de transação 0 quando o juiz adota a posição de impossibilidade de intervenção no contrato de concessão em relação à parte técnica e custo de transação 1 quando o juiz adota entendimento contrário.

Outro modelo de análise que permite a mensuração das decisões judiciais relativas aos contratos de concessão de serviço público é o proposto por Luciana Yeung. A autora realiza

a análise quantitativa da eficiência e do viés do Judiciário brasileiro, esta última também denominada análise da *qualidade* do Judiciário. Para tanto, utiliza, para o caso da eficiência, um modelo não estatístico, não paramétrico e não estocástico, denominado Análise Envoltória de Dados (DEA), embasada em cálculos de fronteiras de produção e com origem na teoria microeconômica tradicional. A DEA difere de métodos paramétricos porque não assume um conhecimento *a priori* da função de produção, especialmente importante quando se analisam setores não tradicionais à economia, como no presente caso, e da regressão estatística por permitir identificar o melhor desempenho das unidades observadas, criando diferentes avaliações de eficiência e diferentes recomendações para melhorias. Em relação ao caso da análise do viés do Judiciário brasileiro, a autora buscou responder às hipóteses de que as decisões são pró-devedor, pró-hipossuficiente e de que os Ministros do STJ reformam as decisões dos tribunais inferiores, utilizando-se do modelo econométrico de distribuição logística, ou *logit*, por envolver os resultados das decisões que são variáveis dependentes das variáveis explicativas – ou independentes, que seriam os motivos que afetam as decisões (YEUNG, 2010, p. 131-169).

Em outra oportunidade, quando tratou da análise da *qualidade* do Judiciário, Luciana Yeung e Paulo Furquim Azevedo também utilizaram um método estatístico para a base de dados composta pelas decisões judiciais criando, primeiramente, um *proxy* para a própria qualidade, que foi a taxa de reforma das decisões tomadas por um tribunal, e confirmando sua significância econométrica pelo mesmo modelo *logit*, o que permitiu à autora fazer estimações de probabilidades (YEUNG; AZEVEDO, 2010).

Portanto, ambas as técnicas apresentadas para a análise das decisões judiciais podem contribuir sobremaneira para o levantamento dos custos de transação dos contratos de concessão por elas gerados, pois dizem respeito tanto aos atributos institucionais, quanto à preferência dos magistrados e das cortes, seja utilizando um método estatístico ou não.

5. Conclusão

Os agentes econômicos desenvolvem seus negócios em um ambiente regulado por instituições que, portanto, influenciam diretamente nas decisões de mercado. Nesse contexto, duas instituições são principalmente relevantes: os contratos e o poder Judiciário.

Os contratos em geral funcionam como intermediadores diretos das transações econômicas, sendo essenciais para o fluxo de negociações, principalmente por legitimar a transmissão da propriedade e criar segurança para os acordos celebrados após a tomada das referidas decisões. Especificamente, o contrato de concessão de serviço público é de extrema importância para o desenvolvimento nacional, pois viabiliza a concretização de políticas públicas em quaisquer setores, principalmente nos ligados à infraestrutura.

O poder Judiciário desempenha o papel institucional de garantidor final desses contratos, sendo determinante para gerar sua segurança e previsibilidade. Suas decisões funcionam, assim, como um custo de transação *ex post*, motivo pelo qual uma análise jurisprudencial tem o poder de gerar um parâmetro para o dimensionamento desse custo, o que acarreta sua diminuição, já que torna previsíveis alguns caminhos a serem seguidos no caso de descumprimento contratual, entre várias hipóteses possíveis.

Um problema que se nota é a escolha da técnica a ser empregada nessa análise, pois é quase impossível atender a todos os critérios envolvidos em interpretações subjetivas. To-

davia, uma técnica que considere o arcabouço institucional do sistema de Justiça e a preferência dos magistrados e das cortes pode auxiliar na compreensão das decisões analisadas.

Assim, a análise jurisprudencial objetiva que torne a posição do poder Judiciário quanto à questão da revisão contratual mais previsível diminuiria os custos de transação que impactam a relação no contrato de concessão de serviço público, ao atrair mais investimento pelo setor privado e gerar desenvolvimento econômico.

Referências

AKERLOF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 84, n.3, p. 488–500, ago. 1970.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, Interests, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco, GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (Ed.). *Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. London, Cambridge, MA: The MIT Press, 2005.

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: ______; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*, [s.l], n. 4. jan./fev. 2009.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics,* Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1961.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v. 49 n. 193 jan./mar. 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Brasília, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público.* São Paulo: Saraiva 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GV*Law,* t.1).

MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GV*Law,* t.1).

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia em Weber. *Rev. direito GV,* São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2006.

NORTH, Douglas Cecil. *Institutions, institutional change and economic performance.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

______. Economic Performance Through Time. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia:* introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito P*úblico, Belo Horizonte, a. 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

PESSÔA, Leonel Cesarino. Teoria pragmática e teoria da interpretação. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, v. 47, n. 188, out./dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário e economia no Brasil.* São Paulo: Sumaré, 2000.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

______. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Rodolfo Torres dos. Análise econômica de contratos: elementos para discussão no setor de infraestrutura. *Revista do BNDES,* Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, p. 236-239, jun. 2004.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional adequado. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 341-352, jan./jun. 2011.

______. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan./jun. 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 6, n. 30, p. 77-97 mar./abr. 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SILVA, Jônatas Prates da. *Bail out*: quem será o último a saltar?: o direito ou a economia?. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 195, jul./set. 2012.

SILVA, Rafael Silveira; COSTA JÚNIOR, Álvaro P. S. Como medir o impacto do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?. *Caderno de Finanças Públicas, Brasília,* n.9, dez. 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao Desenvolvimento,* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA, Alexandre Campos Gomes. *Ensaios sobre regulação monetária e financeira*. 2009. 205 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011, p. 8-10. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>. Acesso em: 22 fev. 2013.

______; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83 jul./dez. 2009.

TREBILCOOK, Michael J.; DAVIS, Kevin E. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 5, n.1, p. 217-268, jan./jun. 2009.

VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: SENAC, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVLaw, t.1).

WANG, Daniel W. L.; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SHAPIRO, Mário Gomes (Coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 269-330.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

YEUNG, Luciana; AZEVEDO, Paulo Furquim. Uma análise econômica e uma mensuração quantitativa da qualidade das decisões judiciais brasileiras. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, n. 38, 2010, Salvador. *Anais...*, Salvador, 2010.

______. *Além dos "achismos", do senso comum e das evidências anedóticas:* uma análise econômica do judiciário brasileiro. 2010. 242 f. Tese (Doutorado), Escola de Economia de São Paulo da Fundaçao Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

Integração e democracia

Os interesses políticos locais que distorcem o direito internacional e a crise política resultante da suspensão do Paraguai do Mercosul

WILSON ALMEIDA
HADASSAH LAÍS SANTANA

Sumário

Wilson Almeida é pós-doutor pela University of Wisconsin-Madison/ Georgetown University, diretor da Escola de Direito da Universidade Católica de Brasília e professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

Hadassah Laís Santana é mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília, professora da pós-graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público e professora no curso de Direito do Centro Universitário Euro-Americano (Unieuro).

1. Introdução

O Paraguai é um parceiro estratégico para o Brasil. Nos últimos sessenta anos, os dois países optaram por construir uma relação de interdependência que os tornou irremediavelmente próximos e com fortes interesses em comum. A relação entre os dois países é complexa e marcada por acordos normais entre dois países limítrofes, como a produção de energia da binacional Itaipu e a proporção de uso dessa energia por cada um dos dois países, assim como outras situações pouco convencionais e sem nenhum tipo de acordo, como a presença de mais de 300 mil brasileiros, chamados “brasiguaios”, no território do Paraguai; a entrada ilegal no Brasil de produtos provenientes do Paraguai, em volume importante para a economia daquele país; e o grande volume de maconha traficada do Paraguai para o Brasil e que financia, em grande parte, o crime organizado de cidades como Rio de Janeiro e São Paulo.

Nesse contexto, a crise que se instalou a partir do *impeachment* do Presidente Fernando Lugo, eleito com um discurso contra o *imperialismo brasileiro*, reveste-se de grande importância e, de certa forma, compromete

as relações entre os dois países. O Brasil liderou o processo da suspensão temporária do Paraguai do Mercosul e da Unasul, como retaliação pela deposição de Lugo. Este fato o coloca em confronto com a opinião pública e importantes segmentos políticos paraguaios que, após a eleição do presidente Horacio Cartes, resistem em aceitar as condições para o retorno do Paraguai aos dois blocos regionais.

Considerando essas premissas, este artigo pretende discutir o processo de suspensão do Paraguai do Mercosul[1] e o diálogo com o Brasil na tentativa de trazê-lo de volta ao bloco. Para isso, será analisado em que medida, do ponto de vista do direito comunitário do Mercosul, a deposição do Presidente Fernando Lugo[2] foi válida com base no Direito Internacional materializado nos acordos de Assunção, Ushuaia e Las Leñas. Importante ressaltar que o artigo tem por base a análise de entrevistas e de reportagens disponíveis em diversos sítios eletrônicos.

2. Os aspectos políticos na destituição do presidente Lugo e o reflexo na política do Mercosul

Neste item, será analisado em que medida foram políticos os motivos que levaram o Brasil e a Argentina a suspenderem, de forma intempestiva, o Paraguai do Mercosul e da Unasul.

O então Presidente do Paraguai, Fernando Lugo, foi deposto em 22 de junho de 2012 por meio de um *impeachment,* processo deflagrado em 20 de junho do mesmo ano a pedido de um deputado do Partido Colorado, opositor ao governo de Lugo.

De tal circunstância irrompeu uma crise diplomática em que os países sul-americanos da Unasul e os membros do Mercosul se recusaram a reconhecer a legitimidade do *impeachment*.

Os pontos alegados para fundamentar a recusa em reconhecer a legitimidade jurídica e política do *impeachment* podem ser três: a falibilidade das acusações e a afronta direta ao devido processo legal e ao amplo direito de defesa. Quanto a este, o argumento firmou-se no pouco tempo dado à defesa de Lugo, que teve apenas duas horas para posicionar-se perante as acusações.

Lugo, bispo católico, líder da Aliança Patriótica para a Mudança, em coalizão com um partido opositor, Partido Liberal Radical Autêntico e tendo a presença de Federico Franco, foi eleito em abril de 2008 com 42,3%

---

[1] Neste artigo, as referências à suspensão do Paraguai do Mercosul e da Unasul serão simplificados citando-se somente a suspensão do Mercosul.

[2] O Presidente Fernando Lugo, um ex-bispo eleito com um discurso contra o *imperialismo brasileiro* no Cone Sul.

dos votos, pondo fim aos 61 anos de hegemonia do Partido Colorado. E uma das promessas relacionadas ao governo seria a reforma agrária "sem processos traumáticos ou violentos".

Mas não foi o que aconteceu durante o governo de Lugo, o que desgastou sua imagem no Congresso e perante a base política que sustentava o governo. E um dos fatos ligados à deposição relaciona-se com as invasões de terras e com a insegurança jurídica decorrente delas em 2010, quando o governo Lugo decretou estado de exceção no norte do país por conta dos ataques do grupo guerrilheiro denominado Exército do Povo Paraguaio – EPP, ligados às Farc da Colômbia (GIRALDI, 2013b).

Outro fato que é necessário mencionar deu-se em 2011, quando o governo Lugo fez um acordo com o Brasil e triplicou o valor pago ao Paraguai pela usina binacional de Itaipu. A justiça do Paraguai despejou os donos de terra brasileiros, acusando-os de irregularidade, e os "brasiguaios" acusaram o governo de estimular invasões, gerando mais um ponto de instabilidade na liderança do país.

Quanto ao valor pago pela usina binacional de Itaipu, é importante esclarecer que, de acordo com o Tratado de Itaipu assinado em 1973, cada país teria direito à metade da energia produzida e o Brasil teria direito a comprar a energia excedente até 2023 a preço de custo e que o Paraguai usa 10% da energia a que tem direito. A construção da usina teve financiamento 100% brasileiro e a tarifa de energia leva em conta a dívida absorvida pela Itaipu Binacional em sua construção, sendo que a maior parte do que o Brasil paga fica na usina para pagar a dívida que deve ser quitada em 2023.

Além disso, o tratado estabelece um prêmio pela energia de um sócio ao outro e o valor depende de um fator de multiplicação por gigawatt cedido. No governo do Presidente Lula, o Brasil concordou em triplicar o valor repassado de US$ 120 milhões, para US$ 360 milhões, acordo que foi aprovado pelo Congresso Nacional em 2011. O Paraguai recebeu US$ 8,4 por megawatt-hora cedido e, nos leilões de energia no Brasil entre 2004 e 2011, o valor médio foi US$ 6,1. Conforme acordo firmado pelos dois países em 2009, o Brasil aceitou discutir a possibilidade de a empresa pública que controla a produção e a venda de energia do Paraguai passar a vender, de forma gradual, o seu excedente energético, de forma direta, no mercado livre brasileiro.

O ponto fulcral da instabilidade do governo despontou em 15 de junho de 2012, quando 11 camponeses e 6 policiais morreram em um conflito que ocorreu em uma fazenda em Curuguaty, no nordeste do país a 350 km de Assunção. A fazenda *Campos Morombi*, cuja propriedade era alegada pelo ex-senador colorado Blas Riquelme, fora invadida por 150 manifestantes sem-terra, os quais argumentaram que as terras tinham sido tomadas ilegalmente durante a ditadura de Alfredo Stroessner[3], líder do Partido Colorado.

O evento deixou 17 mortos e oitenta feridos e levou à renúncia do ministro do Interior do Partido Liberal Radical Autêntico, no dia 16 de junho, força política de apoio ao Presidente Lugo no Congresso; no dia 19 de junho, ficou confirmado que o título da propriedade não pertencia a Riquelme.

Com a renúncia do Ministro do Interior, o Presidente, na busca de aproximação com a bancada do Partido Colorado, ofereceu-lhe a pasta vaga, e acabou perdendo o apoio do Partido Liberal Radical Autêntico.

Nesse ínterim, o processo de *impeachment* foi deflagrado a pedido do deputado Luis Gneiting, do Partido Colorado (oposicionista), no

---

[3] No governo de Fernando Lugo, foi criada em 2009 uma comissão para investigar crimes da ditadura Stroessner, ocorridos entre os anos de 1954 e 1989.

dia 20 de junho, que alegou a responsabilidade política do Presidente Lugo pelos acontecimentos na fazenda *Campos Morombi*, tendo 76 votos a 1 na Câmara e 42 a 3 no Senado, com apoio das bancadas parlamentares dos partidos Pátria Querida e Liberal Radical Autêntico.

A acusação feita pela Câmara dos Deputados descreveu os atos do governo de Lugo como negligente e irresponsável, e alegou mau desempenho das funções do cargo, o que estaria levando ao caos e à instabilidade política a República do Paraguai.

O documento de acusação pontuou que a permanência de Lugo na Presidência colocava em "grave risco a convivência pacífica do povo paraguaio e a vigência dos direitos e das garantias constitucionais" (DEPUTADOS..., 2012). A acusação ao Presidente Lugo pode ser descrita em alguns pontos determinantes (STOCHERO; GUILHERME, 2012):

> 1. Ter vínculos com movimentos sociais
>
> 2. Autorizar o uso das dependências do Comando de Engenharia das Forças Armadas da Nação em 2009 para um ato político.
>
> 3. Autorizar o uso de forças militares contra colonos em um conflito de terras localizadas em Ñacunday, departamento do Alto Paraná.
>
> 4. Não colocar em prática uma política eficaz para diminuir a violência.
>
> 5. Falta de reação diante da morte dos 11 camponeses e seis policiais no enfrentamento de Curuguaty.
>
> 6. Apoiar o protocolo regional sobre o compromisso com a democracia no MERCOSUL sem ratificação parlamentar, o protocolo de Ushuaia-II.[4]

Conforme artigo 225 da Constituição do Paraguai de 1992, o julgamento político do Chefe de Estado é feito pelo Senado e o Presidente Lugo confirmou sua submissão ao julgamento político, afirmando que não iria apresentar sua demissão antecipadamente, mas recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça do Paraguai alegando inconstitucionalidade do procedimento por não terem sido respeitados os trâmites processuais comuns, inclusive quanto ao tempo de preparação para a defesa.

Entretanto, com duração de pouco mais de 24 horas, Fernando Lugo foi deposto do cargo com 39 votos dos 45 dos senadores[5], no dia 22 de junho de 2012, pelo tribunal de julgamento constituído no Senado sob a presidência de Jorge Oviedo Matto, declarando o Presidente Fernando Lugo culpado das acusações apresentadas na Câmara. Assumiu o governo o Vice-Presidente, à época, Federico Franco, empossado como novo presidente da República do Paraguai na mesma noite do dia 22 de junho de 2012.

Coloca-se em realce que o liberal Federico Franco, que assumiu o poder, tinha relação tensa com o próprio Presidente, e assumiu a Presidência até agosto de 2013; além disso, apesar do apoio do Parlamento e do comando das Forças Armadas para o processo de deposição do governo, o povo manteve-se ao lado de Lugo, desencadeando diversos tumultos pelo país.

Após a decisão do Congresso, milhares de partidários de Lugo – que se encontravam na Praça das Armas à espera do resultado do julgamento – foram dispersos pela polícia montada, que disparou gás lacrimogêneo e jatos de água contra os partidários. Além disso, houve manifestações pacíficas em frente à *TV Pública* do Paraguai protestando contra o novo governo, que ordenou não serem transmitidas

[4] O Protocolo de Ushuaia 2 prevê sanções a países em que haja ameaças à democracia.

[5] 39 senadores votaram a favor do *impeachment,* 4 declararam-se contra e 2 ficaram ausentes (SE AGUARDA..., 2012).

as imagens dos manifestantes que apoiavam Lugo, considerando tratar-se tal manifestação de ato atentatório à cidadania (FERNANDO..., 2012).

Os partidos de esquerda, movimentos sociais, centrais sindicais e os trabalhadores rurais formaram uma Frente pela Defesa da Democracia pedindo o retorno de Fernando Lugo ao poder e não reconheceram o novo governo de Federico Franco.

Para alguns, os movimentos de esquerda tacharam a ação como um golpe da ditadura dos ricos que pleiteariam com isso a volta ao poder da ditadura que, havia pouco, fora expurgada do governo. Nas palavras de Pablo Ojeda, Diretor do Movimento Campesino Paraguaio: "Houve um golpe de estado que atenta contra um espaço democrático que vínhamos conquistando" (STOCHERO; GUILHERME, 2012).

A defesa de Lugo apontou uma série de violações no procedimento jurídico de *impeachment,* inclusive o tempo exíguo para a defesa que esbarraria no devido processo legal, princípio de clara nobreza presente nos ordenamentos que privilegiam a ordem democrática.

O Secretário-Geral da União de Nações Sul-Americanas (Unasul), Alí Rodrigues, considerou o procedimento um possível golpe de estado e, num pronunciamento aos chanceleres da Unasul, entre os quais estava o brasileiro Antonio Patriota, afirmou que o procedimento não só violava o devido processo legal, como também se enquadrava nos artigos 1, 5 e 6 do Protocolo Adicional do Tratado Constitutivo da Unasul sobre o Compromisso com a Democracia. Além disso, reafirmou sua solidariedade ao povo paraguaio respaldando o Presidente constitucional Fernando Lugo (UNASUL..., 2012).

A Organização dos Estados Americanos (OEA) questionou a rapidez no processo e alegou o procedimento uma afronta ao direito de defesa, previsto na Constituição do Paraguai (PARAGUAI, 1992):

> "*En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1. que sea presumida su inocencia; 2. que se le juzgue en juicio público (...) 3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales (...) 5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección (...) 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación.*"

A organização Repórteres Sem Fronteiras (RSF), em uma reportagem para o portal *Terra*, afirmou que o governo de Franco monopolizou os meios de comunicação no país em um "clima de tensão e intimidações" à imprensa de oposição além de manobras para destituir funcionários que discordassem da destituição de Fernando Lugo (PARAGUAI..., 2012):

> “[...] a aparente trégua imposta pela visita do secretário-geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, em 2 e 3 de julho passado, ‘não durou’ e acrescentou que, ‘inevitavelmente, a liberdade de informação sofrerá com as pressões contra jornalistas e especialmente um nicho da categoria conhecido por sua oposição à ofensiva parlamentar de 22 de junho.’”

Para demonstrar a força do governo contra os opositores à RSF, ressaltou, ainda, a suspensão de um programa denominado “Ape ha pepe” de uma rádio nacional no qual participavam paraguaios que viviam no exterior, demonstrando que o governo não queria uma visão externa do que estava acontecendo no país. A fala da RSF acerca da oposição à imprensa discordante da destituição de Lugo pode ser resumida da seguinte maneira:

> “Os fatos que chegam a nós demonstram, infelizmente, a intenção de tomar o controle do serviço público de comunicação com um objetivo claro: minimizar ao máximo as condições e consequências da destituição de Lugo” (PARAGUAI..., 2012).

Idilio Méndez (MÉNDEZ GRIMALDI, 2012), membro da Sociedade de Economia Política do Paraguai (SEPPY) e autor do livro “Os Herdeiros de Strossner”, em um artigo ao portal Radar, analisou o julgamento político de Lugo e os mortos em Curuguaty como um golpe da Monsanto, grupo industrial de força no Paraguai.

A questão inicial proposta por Idilio está em saber quem se encontra por trás de uma “trama tão sinistra”. Ele revela que as organizações sociais e campesinas são acusadas pelas oligarquias da terra de forjarem perseguições aos grupos menores, tomando suas terras visando ao avanço do agronegócio extrativista. Para o autor do artigo, o golpe seria a instalação de uma situação política confortável para que os oligarcas retornassem ao poder em 2013.

Entretanto, apesar de todo o exposto, o Tribunal Superior Eleitoral do país considerou o processo legítimo, em discordância à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, gerando uma severa crise diplomática internacional com os países sul-americanos (SENADO..., 2012), em especial com os países do bloco do Mercosul.

O processo de *impeachment* do Presidente Lugo teve reações contrárias à sua validade na maior parte dos países da América do Sul[6]. Considerado por alguns como um golpe de estado, mesmo que revestido de elementos legais, o procedimento resultou no cumprimento do Protocolo de Ushuaia,

---

[6] Equador, Argentina, Bolívia e Venezuela afirmaram não reconhecer o governo de Franco porque consideraram ilegítimo o processo de *impeachment*.

que enfatiza a democracia como condição de manutenção dos membros no bloco.

O procedimento acarretou uma incerteza política por causa do não reconhecimento do governo de Franco, sucessor de Lugo, inclusive com a retirada de embaixadores – ou, no caso do Brasil, que chamou o embaixador à época Eduardo Santos para consultas. O Brasil (por meio da sua diplomacia) considerou que o procedimento comprometeria o pilar fundamental da democracia como condição essencial para a integração regional.

As sanções adotadas contra o Paraguai tiveram início com a suspensão temporária das reuniões do Mercosul e da Unasul, até que se reconhecesse a normalidade democrática no país. Houve uma medida econômica tomada pela Venezuela, que suspendeu exportações de petróleo para o Paraguai.

Uma das sanções possíveis seria a sua expulsão do Mercosul, o que traria prejuízos no campo da redução tarifária, além da perda dos investimentos do Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul, criado em 2006 com a finalidade de equalizar a economia do Paraguai e do Uruguai na integração com a economia do Brasil e Argentina (ENTENDA..., 2012).

Dentre os países que integram o bloco e seus sócios, nove países da América do Sul decidiram suspender a participação do Paraguai na reunião de presidentes que ocorreu no dia 29 de junho de 2012: Argentina, Brasil, Uruguai, Venezuela, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru.

A decisão do Mercosul foi manter a suspensão até a posse do novo presidente, o que aconteceu em agosto de 2013. Na 43ª Cúpula dos Chefes e Estado do Mercosul, realizada em Mendoza, a postura dos integrantes do Mercosul – que contou com a voz ativa da Presidente da Argentina e a do Brasil – retirou do Paraguai o título de membro pleno do Mercosul e da Unasul, suspendendo-o temporariamente desses blocos (ENTENDA..., 2012).

O processo de *impeachment* de Lugo teve dois desdobramentos relevantes para a política externa. O primeiro foi a decisão de suspensão do Paraguai pelos países integrantes do Mercosul. O segundo foi a aprovação, pelos mesmos membros que suspenderam o Paraguai por um governo antidemocrático, do ingresso da Venezuela.

Foi um fato inédito a suspensão de um membro no bloco do Mercosul e o motivo que levou à decisão, apesar de já demonstrado apoiado por países latino-americanos, não foi referendado pelos representantes de vários países desenvolvidos como Canadá e Estados Unidos. A falta de referendo deu-se principalmente por considerarem incoerente com a política de ingresso da Venezuela no bloco, possível somente com a suspensão do Paraguai.

O governo de Franco não reconheceu como legítimo o processo de suspensão do Paraguai do Mercosul e pediu para que tornasse sem efeito a decisão, o que não foi acatado pelo Tribunal Permanente do Mercosul.

No próximo item, serão analisadas as normativas do Mercosul para a suspensão do Paraguai e a viabilidade da entrada da Venezuela no bloco, por meio de uma análise da legalidade.

3. Aspectos jurídicos na suspensão do Paraguai e a viabilidade jurídica da entrada da Venezuela no bloco

Os principais líderes do Mercosul entenderam não ter sido, em termos legais e políticos, democrática a deposição do Presidente Lugo. O Brasil, juntamente com a Argentina, teve papel preponderante na suspensão do Paraguai, apesar da reação negativa das autoridades paraguaias alegando irregularidade ou ilegalidade no processo.

A posição dos governos da América Latina de apoio à suspensão do Paraguai das duas instâncias de integração, que seriam a Unasul e o Mercosul, teve por base a cláusula democrática inscrita no protocolo de Ushuaia-I e no Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul.

Em 22 de junho de 2012, a Unasul, afirmando solidariedade ao povo paraguaio e respaldo ao Presidente Lugo, emite um comunicado em que diz:

> "[...] as ações em curso poderiam ser compreendidas nos artigos 1º, 5º e 6º do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da UNASUL sobre Compromisso com a Democracia, configurando uma ameaça de ruptura à ordem democrática, ao não respeitar o devido processo legal.
>
> Os governos da UNASUL avaliarão em que medida será possível continuar a cooperação no marco da integração sul-americana" (ARRAIS, 2012).

Marco Aurélio Garcia (2013) traz, em seu artigo "Paraguai, Brasil e o Mercosul", que a evolução do processo de integração sul-americana adotou cláusulas democráticas para enfrentar situações críticas passadas pela região. Garcia era assessor especial de Assuntos Internacionais da Presidência do Brasil à época.

A Declaração de Las Leñas de 27 de junho de 1992 explicitou que a plena vigência das instituições democráticas é indispensável para o desenvolvimento do Mercosul. O Protocolo de Ushuaia-I, assinado em 1998 no âmbito no Mercosul, tem por finalidade a manutenção das instituições democráticas como condição indispensável para a existência e desenvolvimento do bloco. Importante salientar que o Protocolo foi assinado por outros países latino-americanos que de alguma forma participam desse processo de integração.

O Paraguai, como membro do Mercosul, assinou junto com os demais membros, além da Bolívia e da República do Chile, o Protocolo de Ushuaia-I, que, de forma a reiterar a Declaração Presidencial de Las Leñas, afirma em seu art 2º:

> "O presente Protocolo se aplicará às relações que decorram dos respectivos Acordos de Integração vigentes entre os Estados-Partes do presente protocolo, no caso de ruptura da ordem democrática em algum deles" (MERCOSUL, 1998).

O Protocolo prevê medidas que podem ser adotadas pelos pactuantes quando se verificar a quebra do compromisso firmado. Nessa situação, os demais Estados-Partes promoverão consultas entre si e com o Estado afetado, e poderão adotar as medidas previstas levando em conta a gravidade da situação existente.

Entre as medidas descritas no pacto, é possível citar os artigos 4º e 5º, que dispõem:

> "No caso de ruptura da ordem democrática em um Estado-Parte do presente Protocolo, os demais Estados-Partes promoverão as consultas pertinentes entre si e com o Estado afetado.
>
> Quando as consultas mencionadas no artigo anterior resultarem infrutíferas, os demais Estados-Partes do presente Protocolo, no âmbito específico dos Acordos de Integração vigentes entre eles, considerarão a natureza e o alcance das medidas a serem aplicadas, levando em conta a gravidade da situação existente. Tais medidas compreenderão desde a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigacões resultantes destes processos" (MERCOSUL, 1998).

Um ponto interessante na fala de Garcia é a percepção do Paraguai como um "instrumento de hegemonia na região e de contenção da Argentina", acerca disso, ele exemplifica com a construção da Itaipu Binacional ou mesmo da

relação mais estreita no governo Lula afinando o acordo sobre Itaipu e concedendo maior facilidade na ponte da amizade. Para Garcia, a crise paraguaia fortaleceu o bloco e aumentou o poder de atração sobre outros países, além de ressaltar a democracia como tema central.

A 43ª reunião de Cúpula do Mercosul – realizada em Mendoza, Argentina, em 28 e 29 de junho de 2012, com objetivo de aperfeiçoar a integração entre os países constituintes do bloco – emitiu um comunicado conjunto em nome dos presidentes dos Estados-Partes para a suspensão do Paraguai, mas a decisão se pautou no art. 5º do Protocolo de Ushuaia-I de forma genérica nos considerandos da decisão.

O governo de Federico Franco alegou que o Protocolo de Ushuaia-II não havia sido aprovado pelo Senado paraguaio e, portanto, não poderia embasar a decisão do Mercosul. Mas o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul argumentou que a base normativa para a decisão de suspensão do Paraguai foi o Protocolo de Ushuaia-I.

Apesar da resistência do Congresso no Paraguai ao Protocolo de Ushuaia-II, é possível citar as sanções descritas no art. 5º desse pacto, que também serviram de guia para a ação de suspensão do Paraguai:

> "Em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática em uma Parte do presente Protocolo, os Presidentes das demais Partes – ou na falta destes seus Ministros das Relações Exteriores em sessão ampliada do Conselho do Mercado Comum – poderão estabelecer, dentre outras, as medidas que se detalham a seguir:
>
> a. Suspender o direito de participar nos diferentes órgãos da estrutura institucional do Mercosul.
>
> b. Fechar de forma total ou parcial as fronteiras terrestres. Suspender ou limitar o comércio, o tráfico aéreo e marítimo, as comunicações e o fornecimento de energia, serviços e abastecimento.
>
> c. Suspender a Parte afetada do gozo dos direitos e benefícios emergentes do Tratado de Assunção e seus Protocolos, e dos Acordos de integração celebrados entre as Partes, conforme couber.
>
> d. Promover a suspensão da Parte afetada no âmbito de outras organizações regionais e internacionais. Promover junto a terceiros países ou grupos de países a suspensão à Parte afetada de direitos e/ou benefícios derivados dos acordos de cooperação dos que for parte.
>
> e. Respaldar os esforços regionais e internacionais, em particular no âmbito das Nações Unidas, encaminhados a resolver e a encontrar uma solução pacífica e democrática para a situação ocorrida na Parte afetada.
>
> f. Adotar sanções políticas e diplomáticas adicionais.
>
> As medidas guardarão a devida proporcionalidade com a gravidade da situação existente; não deverão pôr em risco o bem-estar da população e o gozo efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais na Parte afetada; respeitarão a soberania e integridade territorial da Parte

> afetada, a situação dos países sem litoral marítimo e os tratados vigentes" (MERCOSUL, 2011).

O Paraguai reagiu à suspensão dos dois organismos de integração regional afirmando que, apesar de não ter causado surpresa, pela própria movimentação dos chanceleres e chefe dos Estados-Partes, seria uma perseguição sistemática do bloco regional.

Ocorre que uma análise com certa perspicácia deve partir não dos documentos internos, mas da base legal para a deposição de Fernando Lugo e se esta teve um processo legalmente válido.

Doratioto, historiador e professor, em entrevista à *Folha de S. Paulo*, afirma que houve ruptura política e, definitivamente, não um golpe de estado: "Lugo foi constitucionalmente eleito e constitucionalmente deposto. Não só ele foi eleito, os deputados e os senadores também foram" (CANTANHÊDE, 2012).

A base para o *impeachment* está na Constituição do Paraguai, que afirma:

> "*JUICIO POLITICO*
>
> *Artículo 225 - DEL PROCEDIMIENTO*
>
> *El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.*
>
> *La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria*" (PARAGUAI, 1992).

As autoridades do Paraguai não participaram da reunião presidencial de Mendoza, tampouco do Conselho do Mercado Comum integrado pelos ministros de Relações Exteriores e da Economia, órgão superior do Mercosul habilitado a adotar decisões obrigatórias para os Estados--Partes, de acordo com o Tratado de Assunção (1991) em seu artigo 10.

Celso Lafer (2013), no artigo "Descaminhos do Mercosul", avalia a suspensão do Paraguai como uma decisão ilegal e reveste do mesmo caráter a incorporação da Venezuela ao bloco, assunto que será abordado adiante. Para Lafer (2013) a aplicação da cláusula democrática requer uma verificação de que teria efetivamente ocorrido uma ruptura de or-

dem democrática no Paraguai. Um golpe de estado requer a ausência do título democrático na governabilidade do país, fato que não claramente aconteceu. A aplicação do Protocolo de Ushuaia estipula consultas pertinentes com o Estado afetado e Lafer pondera que a Missão dos Ministros da Unasul ao Paraguai em 21 e 22 de julho não pode ser revestida dessa natureza, porque há uma personalidade própria de cada organismo e o Mercosul não se confunde com a Unasul. Ademais, as visitas antecederam o julgamento que instigou a decisão da suspensão. Portanto, não houve consultas no âmbito do Mercosul, o que levaria à bancarrota o devido processo legal do bloco na suspensão do Paraguai.

O argumento preponderante acerca da ruptura democrática foi a celeridade no processo de *impeachment*, pois, de acordo com a defesa do próprio Lugo e os que defendem tal posicionamento, o tempo para recorrer de uma multa é maior do que o tempo dado ao Presidente Lugo para sua defesa.

Para alguns estudiosos, houve no Paraguai não um golpe de estado, mas um denominado neogolpismo, termo referenciado no artigo de George Wilson dos Santos Sturaro e André Francisco Matsuno da Frota, que aborda a suspensão do Paraguai e a entrada da Venezuela, em que, de acordo Juan Gabriel Tokatlian (apud STURARO; FROTA, 2012):

> "*[...] a diferencia del golpe de Estado tradicional, el 'nuevo golpismo' está encabezado más abiertamente por civiles y cuenta con el apoyo tácito (pasivo) o la complicidad explícita (activa) de las Fuerzas Armadas, pretende violar la constitución del Estado con una violencia menos ostensible, intenta preservar una semblanza institucional mínima (por ejemplo, con el Congreso en funcionamiento y/o la Corte Suprema temporalmente intacta), no siempre involucra a una gran potencia (por ejemplo, Estados Unidos) y aspira más a resolver un impasse social o político potencialmente ruinoso que a fundar un orden novedoso.*"

Ocorre que, dentro de um regime democrático e em uma interpretação sistemática da própria Constituição do Paraguai, a decisão sobre o tempo recai sobre o Senado, não havendo uma limitação temporal, sendo aquela adequada no entendimento da casa legislativa. Ora, é sabido que o número de parlamentares que concordaram com a deposição foi expressivo; além disso, tais parlamentares já se haviam posicionado e Lugo não tinha a força necessária no Congresso. Se houvesse um tempo maior, os parlamentares decidiriam de forma diferente? Provavelmente não.

De todo modo, levando em conta a fraqueza institucional do governo de Lugo, fica claro, mesmo que as acusações contra Lugo não sejam substantivas e careçam de uma robustez jurídica, que o processo não pode ser visto pelos outros Estados como legalmente válido. A validade

do processo interno está inscrita nas leis internas e na Constituição daquele que o deflagrou. O processo de *impeachment* foi válido pelas leis paraguaias e pela Constituição de seu país. E, nos dizeres do professor Doratioto (CANTANHÊDE, 2012), os que o depuseram foram eleitos da mesma forma que Lugo, democraticamente, e dessa forma o depuseram.

A democracia, nesse caso, pode ser vista como a representatividade dos parlamentares em uma decisão quase unânime acerca do futuro da nação paraguaia. Lafer (2013) explica que:

> "A consulta é um mecanismo clássico do Direito Internacional e tem como objetivo a troca de opiniões, no caso, do art. 4 do Protocolo de Ushuaia, entre o Paraguai e a Argentina, o Brasil e o Uruguai sobre uma controvérsia em torno da existência de ruptura da ordem democrática. A função da consulta em geral e neste caso específico tem como objetivo embasar uma avaliação jurídica sobre a existência ou não de uma ruptura da ordem democrática através da *intelligence gathering*, seja por meio da organização e seleção de informação pertinente, seja pela possibilidade de aprender o relevante para compreender a situação que levou ao *impeachment* no âmbito do ordenamento jurídico paraguaio."

E rechaça de forma inconteste que houve maior celeridade na posição dos membros do Mercosul em suspender o Paraguai e que o formato adotado para sancionar o Paraguai feriu o devido processo legal, inerente aos Direitos Humanos no plano internacional – e mais: que houve um desrespeito específico ao princípio da não intervenção.

A ponderação que permeia este artigo corrobora o entendimento de que não houve uma ruptura antidemocrática no governo de Lugo. A deposição foi ajustada à lei e tomada por uma maioria com representatividade assegurada pelo próprio Estado Democrático de Direito. O tempo concedido foi exíguo, certamente, mas não foi a motivação para a deposição; ao contrário, refletia uma decisão que já pairava sobre a instabilidade de governo do próprio Lugo.

Doratioto, na citada entrevista, afirma:

> "Não houve uso de violência, persiste a ordem, não há estado de sítio, a liberdade de imprensa é a mesma de antes – maior que em muitos países da região. Os procedimentos seguiram as leis e a Constituição paraguaia que prevêem *impeachment* por 'mau desempenho das funções' e não falam em prazos. Poderia ter sido em meia hora, um mês, quem determina é o Senado. Foi um julgamento político" (CANTANHÊDE, 2012).

Ressalta-se a posição da OEA, que, por meio do secretário-geral José Miguel Insulza, concluiu que o *impeachment* sumário de Lugo respeitou a Constituição local e que as instituições democráticas foram preservadas. De acordo com o relatório apresentado pelo Conselho Permanente:

> "o julgamento político foi feito estritamente conforme o procedimento constitucional. Ainda assim, há opiniões divergentes sobre se os prazos concedidos permitiram o exercício da legítima defesa do acusado" (PEREIRA, 2013).

A postura da OEA foi coerente com a instabilidade política que parecia haver e determinou o envio de uma missão de monitoramento para acompanhar a eleição e o pleito que aconteceria em 2013.

Fernando Franco afirmou em entrevista à revista *Veja*:

> "Não houve golpe absolutamente. O que aconteceu foi uma mudança de governo que respeitou a Constituição. O governo Lugo era um governo inviável, responsável por um massacre no qual morreram dezessete pessoas, sendo seis oficiais da polícia e onze civis. Uma série de circunstâncias levou ao desgosto popular generalizado e ao evidente mau exercício do cargo. Em face disso, somente um deputado – de um total de 77 – e quatro senadores – de 43 – votaram contra o *impeachment* de Lugo. Estamos falando de quase unanimidade" (PEREIRA, 2013).

Enquanto a deposição do Presidente Lugo parece legalmente válida aos autores do presente artigo, a suspensão do Paraguai como membro do Mercosul pareceu oportunista por usar da mesma arma da qual acusou o uso pelo Parlamento paraguaio: o cerceamento de defesa. Ora, a alegação do governo de Franco, contrária à suspensão, não foi rebatida em seus termos; pelo contrário, os demais membros do Mercosul já haviam decidido pela suspensão. O Paraguai foi impedido de participar das reuniões até que se normalizasse a situação democrática.

No dia 30 de novembro de 2012, os presidentes dos países da Unasul ratificaram a suspensão do Paraguai do Mercosul e a manutenção do isolamento foi direcionada até a possível regularização após a eleição presidencial em 2013. Enquanto isso, a cláusula democrática pareceu ser elástica para, diante da suspensão de um país, acusado de ferir a democracia, inserir outro país, cujos elementos constitutivos não revelavam ser o regime desse país plenamente democrático.

No artigo "A suspensão do Paraguai e a entrada da Venezuela: implicações para o regime de defesa coletiva da democracia do Mercosul", George Wilson dos Santos Sturaro e André Francisco Mastuno da Frota afirmam que o regime da Venezuela corresponderia parcialmente a uma definição mínima de democracia e adotam a posição de Freedom House, que em 2009 afirmava:

> "Embora se realizem eleições competitivas, universais e razoavelmente livres e limpas, os direitos políticos e civis básicos não estão ampla e efetivamente protegidos nesse país. O que sucede com a liberdade de expressão é um bom exemplo. Somente em 2008, foram reportadas 186 violações, dentre elas 52 casos de agressão física e 47 de intimidação" (STURARO; FROTA, 2012).

E pondera também sobre o controle governamental do governo sobre rádio e TV, formalmente estabelecido em 2004, assim como a lei de 2010 que permite sancionar qualquer organização política que receba fundos de estrangeiros que critiquem o governo, ou esteja a eles associada de alguma forma.

A doutrina majoritária fala da liberdade de reunião como elemento essencial à democracia, gradualmente cerceada pela criação de leis que criminalizam o protesto político e de restrições a greves no setor público.

A revista *Veja*, em uma reportagem datada de 7 de julho de 2012, páginas 74-78, descreve a tentativa da Venezuela de impedir a deposição de Lugo, interferindo, sem êxito, no processo.

No tocante à entrada da Venezuela no bloco, em artigo de Edson Pereira (LAFER, 2012 apud PEREIRA, 2013), Celso Lafer pontua os fatos de

forma elucidativa quando cita como exigência indiscutível a presença de todos os Estados-Partes, em cumprimento ao artigo 37 do Protocolo de Ouro Preto e ao artigo 20 do Tratado de Assunção, que prevê adesões desde que seja objeto de decisão unânime dos Estados-Partes.

Ora, o Paraguai não perdeu a qualidade de membro, apenas foi suspenso das reuniões até que voltasse, no entendimento da cúpula do Mercosul, à normalidade democrática, o que ocorreria com a eleição de 2013. Portanto, seria irrefutável a necessidade de aprovação do Paraguai à incorporação da Venezuela.

José Mujica, Presidente do Uruguai, afirmou que a entrada da Venezuela no Mercosul, sem a concordância do Paraguai, por estar suspenso, foi tomada com base em consenso pelos demais membros e a afirmação clara é que o fator "político superou longamente o jurídico". Para o Presidente do Uruguai, "O Senado que há cinco anos vem zombando de nós, negando a entrada da Venezuela com argumentos imorais, agora tira o presidente. Por isso decidimos não mais validar essa manipulação" (MIJUCA, 2012 apud PEREIRA, 2013).

A Venezuela é uma entrada estratégica para o Mercosul, pois eleva o bloco a uma potência militar e energética, e, de acordo com Edson Pereira (2013), citando uma reportagem da *Folha de S.Paulo*, o interesse do Brasil pode ser resumido com os seguintes dados: os embarques de produtos básicos para a Venezuela subiram 29% no primeiro semestre de 2012. De US$ 616 milhões, as exportações de manufaturados aumentaram 54%, para US$ 1,26 bilhão. Desde 2007, o Brasil tem superávit na balança comercial com a Venezuela: 2007 – exportações de US$ 4,723 bilhões e importações de US$ 346 milhões, superávit de US$ 4.378 bilhões; 2008 – 5.150 e 539, superávit de 4,611 bilhões; 2009 – 3.610 e 582, superávit de 3,028 bilhões; 2010 – 3,854 e 833, superávit de 3,021 bilhões; e 2011 – 4.591 e 1.266, superávit de 3,325 bilhões.

A Venezuela tem 28,8 milhões de habitantes e um PIB de US$ 392 bilhões, um comércio internacional de pouco mais de US$ 105 bilhões em 2010 e, segundo estatísticas da OMC, em 2010, 95,3% de suas exportações referiam-se a combustíveis e 81,1% do total importado referiam-se a produtos manufaturados, dos quais apenas 9,8% do Brasil – portanto, o potencial de crescimento do comércio com o Brasil é grande.

E, para finalizar a ponderação acerca dos aspectos jurídicos da suspensão do Paraguai, reporta-se à decisão do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do Mercosul, sediado no Paraguai, que em sua página oficial disponibilizou o Laudo nº 1 de 21 de julho de 2012 (MERCOSUL, 2012):

> "1. Por unanimidade, em conformidade com as considerações anteriores, o Tribunal Permanente de Revisão decide, em relação ao requerimento

dos demandados relacionado à incompetência *ratione materiae*, que a jurisdição do sistema de solução de controvérsias do Mercosul abarca o exame de legalidade da aplicação do Protocolo de Ushuaia.

[...]

3. Por maioria, o Tribunal Permanente de Revisão decide que, nas condições da atual demanda, se faz inadmissível a intervenção direta do TPR sem o consentimento expresso dos demais Estados Parte. Pela mesma razão, considera o TPR inadmissível, nesta instância, a medida provisional solicitada no marco da demanda.

4. Por unanimidade, ao adotar esta decisão sem ingressar na análise de mérito da demanda, o Tribunal Permanente de Revisão não se pronuncia sobre cumprimento ou violação da normativa Mercosul relacionada à demanda apresentada neste procedimento. A presente decisão não inibe outros meios, aos quais possam recorrer os Estados Partes no marco do sistema de solução de controvérsias do Mercosul. [...]"

4. A atuação do Brasil na viabilidade política do retorno do Paraguai ao Mercosul

A suspensão do Paraguai findou-se no dia 15 de agosto de 2013 com a cerimônia de posse do novo presidente eleito, Horacio Cartes. Entretanto, apesar de a suspensão ser tornada sem efeito, o discurso do Paraguai não denota uma volta imediata. Assim, em que medida o fim da suspensão do Paraguai no bloco do Mercosul e o discurso do novo presidente eleito indicam rejeição à volta imediata do país ao bloco?

O Senado paraguaio não aprovou a entrada da Venezuela, rejeitando o Protocolo de Adesão enviado pelo Presidente Franco em 31 de julho de 2012, mas, devido à suspensão do Paraguai, tal decisão não teve eficácia perante o Mercosul e a Venezuela foi incorporada ao bloco.

Em Montevidéu, em 12 de julho de 2013, o Mercosul resolveu sobre o fim da suspensão do Paraguai, em uma decisão que valorizou a celebração de eleições gerais naquele país, ocorridas em 21 de abril, e a previsão da posse para o dia 15 de agosto de 2013, e considerou cumpridos os requisitos do art. 7º do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático (MERCOSUL, 2011).

Ocorre que o Paraguai se manteve na retaguarda quanto ao retorno ao Mercosul. Horácio Cartes indicou que o processo de retorno do Paraguai ao Mercosul e à Unasul não seria automático, como esperavam os membros Mercosulinos, principalmente porque a suspensão é interpretada pelos paraguaios como irregular e injusta (GIRALDI, 2013a).

O discurso de posse do Presidente Horácio Cartes indicou a perspectiva do Paraguai com relação a organismos subregionais, regionais e mundiais, mas não ponderou explicitamente sobre a volta ao Mercosul.

O discurso foi marcado pela intenção em relações bilaterais e, de forma expressa, foram citados o Brasil e a Argentina, mas não foram mencionados o Uruguai e a Venezuela.

A posição econômica do Brasil diante do Paraguai sublinha os interesses que circundam a política de boa vizinhança que impeliram a volta do Paraguai ao bloco. Em uma entrevista à *Folha de S.Paulo*, Franco afirmou:

> "A sanção foi desmerecida, mas foi uma decisão política, que agora a hipocrisia do Mercosul não permite tomar com a Venezuela. Houve uma situação diametralmente diferente da nossa: difícil e complicada e, no entanto, a posição do Mercosul foi de dar um jeitinho. Com a gente, foi desproporcional" (FRANCO, s.d.).

A decisão de suspensão do Paraguai usou um raciocínio que confronta com a adesão da Venezuela; e, mais que isso, após a vitória de Maduro, o processo eleitoral pareceu frágil e a democracia, na Venezuela, também pareceu estar em desconformidade com o compromisso democrático, utilizado para a suspensão do Paraguai.

Cartes, eleito em 21 de abril de 2013, colocou o Partido Colorado de volta ao poder, mas a característica de Cartes traz uma peculiaridade ao discurso que circunda a relação do Paraguai com o Brasil. Cartes é dono de empresas de cigarro e bebidas alcoólicas que entram no Brasil como contrabando. Constam informações de que 1 em cada 13 cigarros vendidos no Brasil provém do Paraguai. O Brasil, que defendia o reingresso imediato do Paraguai ao Mercosul, altera sua posição e agrega o fato de que o Paraguai deve concordar com o desenho atual que reveste o Mercosul. E sobre esse ponto, Cartes declarou em entrevista coletiva que é preciso trabalhar com o Brasil e não contra o Brasil, porque, de acordo com ele:

> "Nos restam dois caminhos agora: ou olhamos para trás – e alguns querem recordar a guerra da Tríplice Aliança – ou buscamos a solução e os benefícios para os habitantes de um país. Se saíssemos do bloco, deixariam o país as indústrias brasileiras, que estão dando exatamente o remédio para a nossa enfermidade: a falta de emprego e de capacitação. É hora de trabalhar com o Brasil e não contra o Brasil" (CARTES, 2013).

Uma posição interessante tomada por Cartes foi proposta em Madri, com vistas a que o Paraguai assumisse a liderança do Mercosul e impedisse a Venezuela de estar na presidência quando da posse que caracterizaria o fim da suspensão do Paraguai. Mas não foi o que ocorreu: a Venezuela assumiu a liderança do bloco e o Paraguai se recusou a voltar, pelo menos até dezembro de 2013.

Outro relevante fato noticiado é que, nos nove primeiros meses de suspensão do Paraguai, de julho de 2012 a março de 2013, as exportações do país para o Mercosul aumentaram em 28% – para US$ 1 bilhão. Para o Brasil, o crescimento foi de 30%. As exportações totais do Paraguai no mesmo período aumentaram 1,2% e as exportações do Paraguai para o Mercosul representam 26% do total (PEREIRA, 2013). E, de outro modo, as relações bilaterais da Venezuela com o Brasil também afetam o ingresso, visivelmente irreversível, apesar das críticas e da oposição do Paraguai.

Com o fim da suspensão do Paraguai no Mercosul, o Brasil retomou para si a viabilização diplomática de retorno do país ao bloco, ainda que a rejeição indicada no discurso do novo presidente eleito demonstrasse a necessidade de rodadas maiores de negociação e algumas concessões a serem feitas com o objetivo de parceria estratégica.

A entrada da Venezuela no bloco representa uma ampliação da capacidade de influência dos países da região sobre parceiros comerciais como os Estados Unidos e a União Europeia.

A instabilidade gerada pela crise da suspensão do Paraguai e pela entrada da Venezuela no bloco normalizou-se no dia 18 de dezembro, quando a Câmara dos Deputados do Paraguai aprovou majoritariamente – com 48 votos do Partido do Colorado, do Presidente Horacio Cartes – o protocolo de adesão da Venezuela no Mercosul, já sancionado pelo Senado.

Importante ressaltar que os legisladores do Partido Liberal, principal grupo de oposição, saíram da sala antes da votação. Mas a decisão trouxe legalidade ao processo, pois a situação anterior já esbarrava em negociações com a União Europeia, por exemplo.

Na realidade, a Venezuela já fazia parte do Mercosul, inclusive ao exercer a presidência temporária do bloco, mas em uma situação delicada, em virtude dos questionamentos decorrentes, principalmente porque as normativas do Mercosul dispunham que os legislativos de todos os países-membros devem aprovar a entrada de um novo parceiro-membro. E isso ainda não tinha sido feito pelo Paraguai, na sua volta como membro do bloco.

Cartes não anunciou o retorno imediato do país ao bloco, pois era preciso uma decisão política que validasse a norma. O governo do Paraguai não participou de reunião alguma, até que fossem aprovadas as medidas tomadas durante o processo de suspensão.

Em 27 de dezembro, o Presidente do Paraguai promulgou a adesão da Venezuela ao Mercosul, normalizando a situação da Venezuela no Mercosul. A promulgação permitiu a volta do Paraguai como membro pleno do bloco, participando das negociações comerciais com parceiros comerciais estratégicos como a União Europeia. Dessa forma, a relação entre os pa-

íses do bloco normaliza-se e o Paraguai supera os entraves políticos que o impediam de voltar integralmente ao Mercosul, após sua suspensão.

5. Conclusão

O artigo relatou o processo de suspensão do Paraguai do Mercosul e o diálogo com Brasil na tentativa trazê-lo de volta ao bloco, e sob esse prima vislumbraram-se três principais conjunturas que encadearam os argumentos dispostos no presente texto.

Em primeiro plano, o Mercosul nasceu em um clima de democracia que indicava a mudança de períodos ditatoriais, revelando preocupação com o compromisso democrático estrito em seus Estados-Partes, presentes nos Protocolos de Ushuaia I e II.

Em segundo, o impacto da suspensão do Paraguai foi além da própria situação jurídica de não estar participando do grupo, mas se deu principalmente porque ele era o único Estado-Parte do Mercosul que ainda não havia aprovado o protocolo de adesão da Venezuela ao Mercosul de julho de 2006, empecilho que, com sua suspensão, propiciou a aceleração da entrada da Venezuela ao Mercosul

Frisa-se a parceria econômica estratégica para o Brasil, principalmente no tocante à energia, tanto com a Venezuela, quanto com o Paraguai, motivação que circundou a atuação do Brasil tanto na suspensão do Paraguai, quanto no ingresso da Venezuela, e também nas estratégias políticas e diplomáticas que deram sinais na política externa do Brasil para a volta do Paraguai ao bloco.

A volta do Paraguai ocorreu de forma plena no dia 27 de dezembro, quando da promulgação permissiva à adesão da Venezuela. Atitude política que refletiu no aspecto jurídico de legitimidade de todos os membros do bloco, e último obstáculo para a plena integração da Venezuela e a reinserção plena do Paraguai.

A posição ora assumida é uma possibildiade de novas discussões para um acordo de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia, além de novas parcerias comerciais importantes que fortalecem o Mercosul.

Referências

ARRAIS, Amauri. Julgamento de Lugo ameaça ordem democrática no Paraguai, diz Unasul. *Globo*, 22 jun. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/julgamento-de-lugo-ameaca-ordem-democratica-no-paraguai-diz-unasul.html>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. Decreto n. 7.225, de 01 de julho de 2010. Promulga o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005. *Diário Oficial da União,* Brasília, 2 jul. 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CANTANHÊDE, Eliane. O que houve no Paraguai foi ruptura política e não golpe, diz especialista. *Folha de S. Paulo.* São Paulo, 1º jul. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2012/07/1113402-o-que-houve-no-paraguai-foi-ruptura-politica-e-nao-golpe-diz-especialista.shtml>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CARTES, Horacio. País quer ficar no bloco, afirma presidente eleito. *Folha de S. Paulo,* 23 abr. 2013. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/105385-pais-quer-ficar-no-bloco-afirma-presidente-eleito.shtml>. Acesso em: 21 ago. 2014.

DEPUTADOS acusam Lugo de trazer caos ao Paraguai. *Terra notícias,* São Paulo, 21 de jun. 2012. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/deputados-acusam-lugo-de-trazer-caos-ao-paraguai,562a9c01358da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 1º set. 2013

ENTENDA os reflexos da crise política no Paraguai. *BBC Brasil*, Brasília, 26 jun. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/06/120625_qa_paraguai_jp.shtml>. Acesso em: 7 set. 2013.

FERNANDO Lugo convoca un 'gabinete por la restauración democrática'. *EITB,* [S.l], 24 jun. 2012. Disponível em: <http://www.eitb.com/es/noticias/internacional/detalle/912349/crisis-politica-paraguay--lugo-llama-gabinete-restauracion/>. Acesso em: 1º set. 2013.

FRANCO, Frederico. Mercosul é hipócrita, diz líder paraguaio. *Folha de S. Paulo, [s.l, s.d].* [Entrevista concedida a Isabel Fleck]. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/104631-mercosul-e-hipocrita-diz-lider-paraguaio.shtml>. Acesso em: 22 jul. 2014.

GARCIA, Marco Aurélio. Paraguai, Brasil e o Mercosul. *Revista de Política Externa, vol. 21, n. 3, jan./mar. 2013.* Disponível em: <http://www.ieei-unesp.com.br/portal/wp-content/uploads/2013/03/Politica-Externa-21-03-Marco-Aurelio-Garcia.pdf>. Acesso em: 12 set. 2013.

GIRALDI, Renata. Futuro chanceler do Paraguai faz mistério sobre retorno ao Mercosul e à Unasul. *Agência Brasil*, 13 jun. 2013a. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-08-13/futuro-chanceler-do-paraguai-faz-misterio-sobre-retorno-ao-mercosul-e-unasul>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GIRALDI, Renata. Paraguai anuncia que vai combater guerrilha EPP. *EBC.* Brasília, 21 ago. 2013b. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-08-21/paraguai-anuncia-que-vai-combater-guerrilha-epp>. Acesso em: 15 set. 2013.

LAFER, Celso. *Descaminhos do Mercosul*: a suspensão da participação do Paraguai e a incorporação da Venezuela: uma avaliação crítica da posição brasileira. *Política externa, v*. 21, n. 3 jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.ieei-unesp.com.br/portal/wp-content/uploads/2013/03/Politica-Externa-21-03-Celso-Lafer.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MÉNDEZ GRIMALDI, Idilio. *Monsanto golpea en Paraguay:* los muertos de Curuguaty y el juicio político a Lugo. *Otramerica,* [S.l], 23 jun. 2012. Disponível em: < http://otramerica.com/solo-texto/radar/monsanto-golpea-en-paraguay-los-muertos-de-curuguaty-y-el-juicio-politico-a-lugo/2082>. Acesso em: 22 jun. 2012.

MERCOSUL. *Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático no Mercosul, Bolívia e Chile.* República da Argentina,Cidade de Ushuaia, 24 jul. 1998. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998_protocolo_de_ushuaia-compromiso_democratico_port.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MERCOSUL. Protocolo de Montevidéu sobre compromisso com a democracia no Mercosul (Ushuaia II). República Oriental do Uruguai, Montevidéu, 20 dez. 2011. Disponível em: < http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/ushuaia_ii.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MERCOSUL. Laudo n. 1 de 9 de julho de 2012. Laudo do tribunal permanente de revisão no procedimento excepcional de urgência solicitado pela república do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do mercado comum do sul (Mercosul) e à incorporação da Venezuela como membro pleno. *Tribunal permanente de revisão*, Asunción, 2012. Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo_01_2012_pt.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

PARAGUAI. Constitución de la República del Paraguay. Asunción, 20 jun. 1992. Disponível em: <http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.

PARAGUAI: repórteres sem fronteiras denuncia clima de intimidação. *Terra notícias.* Brasil, 12 jul. 2012. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/paraguai-reporteres-sem-fronteiras-denuncia-clima-de-intimidacao,b04a97c1068da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 27 jul. 2014.

PEREIRA, Edson. Mercosul: o erro da suspensão do paraguai. *Portal Administradores, [s.l], 15 de jul. 2013.* Disponível em:<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e--financas/mercosul-o-erro-da-suspensao-do-paraguai/71738/>. Acesso em: 21 set. 2013

SE AGUARDA juramento de Franco y Lugo brindo su último mensage. *La nacion,* Paraguai, 22 jun. 2012. Disponível em: <http://www.lanacion.com.py/articulo/77557-destituyen-a--lugo-y-franco-asumira-la-presidencia.html>. Acesso em: 30 ago. 2013

SENADO paraguaio inicia análise de pedido de impeachment de Lugo. *Terra notícias,[S.l.],* 21 de jun. de 2012. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/senado-paraguaio-inicia-analise-de-pedido-de-impeachment-de-lugo,5ee997c1068da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 4 set. 2013

STOCHERO, Tahiane.; GUILHERME, Paulo. Camponeses veem 'golpe de estado' no Paraguai e preparam resistência. *Globo*, São Paulo, 23 jun. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/camponeses-veem-golpe-de-estado-no-paraguai--e-preparam-resistencia.html>. Acesso em: 2 set. 2013.

STURARO, George Wilson; FROTA, André Francisco. A suspensão do Paraguai e a entrada da Venezuela: implicações para o regime de defesa coletiva da democracia do Mercosul. *Revista Conjuntura* Austral, Rio Grande do Sul, v. 3, n.. 13, p. 45-53, ago./set. 2012. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2FConjunturaAustral%2Farticle%2Fdownload%2F31261%2F20275&ei=1ykyUrOBE4nA9QTErYHYCw&usg=AFQjCNFUgYTPWcg5IsIucV4jdER3pERHKA&sig2=K4vMEjynl_9>. Acesso em: 12 set. 2013.

UNASUL alerta que Paraguai pode ter "golpe de estado". *Revista Exame,* 22 jul. 2012b. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/unasul-alerta-que-paraguai--pode-ter-golpe-de-estado>. Acesso em: 4 set. 2013.

Interpretação do Direito e comportamento humano

JULIO CESAR DE AGUIAR
JOÃO MARCELO TORRES CHINELATO

Sumário

Introdução

A interpretação jurídica sempre foi concebida como uma atividade destinada a extrair dos textos legais a sua melhor compreensão, a fim de que que o Direito seja aplicado de forma justa. O *behaviorismo*, que se propõe a formular uma ciência do comportamento, também poderia tratar da interpretação jurídica, atividade enquadrável no modelo analítico-comportamental de Skinner. No entanto, questões diferentes seriam levantadas. Enfatizar-se-ia, por exemplo, a importância das consequências para a aprendizagem e a manutenção dos comportamentos – inclusive interpretativos.

Nessa perspectiva, a interpretação jurídica é mais uma forma de comportamento e, por isso, também pode ser analisada à luz da filosofia behaviorista de Skinner, cuja ideia fundamental é a de que "os maiores problemas enfrentados hoje pelo mundo só poderão ser resolvidos se melhorarmos nossa compreensão sobre o comportamento humano" (SKINNER, 2006, p. 11).

Julio Cesar de Aguiar é PhD em direito pela University of Aberdeen, UK. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

João Marcelo Torres Chinelato é mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília.

Se a interpretação do Direito pode ser um dos objetos do behaviorismo, essa atividade poderá ser estudada sob novas perspectivas, centradas, sobretudo, no sistema de punições e recompensas a que se expõe o intérprete.

Este trabalho propõe essa abordagem interdisciplinar, apresentando algumas possibilidades de teorização metajurídica sobre a interpretação do Direito.

1. Mentalismo

Uma colocação comum nos tratados de Hermenêutica Jurídica é a de que na interpretação do Direito sempre haverá margem para a "subjetividade do intérprete". Gadamer (1999, p. 587), por exemplo, diz que "o intérprete não sabe que em sua interpretação traz consigo a si mesmo, com seus próprios conceitos". Maximiliano (2007, p. 62) chamou esse elemento subjetivo da interpretação de "coeficiente pessoal": "A justiça das decisões depende sempre do coeficiente pessoal: da cultura e perspicácia do magistrado, suas preferências filosóficas, pendores jurídicos, orientação sociológica, bondade, retidão".

Em geral, essa é a razão consensualmente aceita como explicação para o fato de os aplicadores da lei, formados pelas mesmas universidades e vinculados pelo mesmo sistema legal, terem divergências na interpretação dos mesmos textos legais.

Mas isso é uma explicação? A ideia de que a interpretação é composta por algo que o intérprete "traz de si" ou por um "coeficiente pessoal" não esclarece como a subjetividade opera e que peso tem. A Hermenêutica Jurídica admite a existência da subjetividade do intérprete, mas não a analisa. Sabe que essa subjetividade atua, mas não sabe como.

Um dos eixos fundamentais do behaviorismo é a crítica ao que Skinner chamou de "mentalismo". Essa prática seria aquela que recorre a categorias como "mente", "vontade", "ego", "escolha" e outros conceitos que apenas nomeiam fenômenos reais, mas não os explicam. O mentalismo teria vínculos com as explicações dadas por antigas tradições supersticiosas para a ocorrência de fenômenos naturais (SKINNER, 2007, p. 29-30). Baum (2006, p. 15) anota que todas as ciências avançaram quando substituíram essas causas imaginárias que supostamente estariam por trás dos fenômenos da natureza. Sobre o mentalismo, Skinner (2006, p. 177-178) diz o seguinte:

> "[...] de acordo com a concepção mentalista tradicional, uma pessoa é um membro da espécie humana que se comporta como se comporta devido a inúmeras características ou possessões internas, entre as quais sensações, hábitos, inteligência, opiniões, sonhos, personalidades, disposições, decisões, fantasias, talentos, percepções, pensamentos, virtudes, intenções, habilidades, instintos, devaneios, incentivos [...]
>
> Ninguém jamais modificou diretamente qualquer das atividades mentais ou traços acima arrolados. Não há maneira de se poder estabelecer contato com eles. As condições corpóreas sentidas como tal podem ser modificadas cirurgicamente, eletricamente ou por meio de drogas, mas, para quase todos os fins práticos, só estão alteradas através do meio."

O comportamento não deveria ser atribuído, por exemplo, aos sentimentos, mas às contingências responsáveis por aquilo que se sente. Não que o behaviorismo negue a existência de um "mundo dentro da pele". Não nega a existência dos "sentimentos". Apenas acredita que o comportamento humano efetivamente se modela por aquilo que ocorre "fora" (SKINNER, 2006, p. 23-32).

Portanto, quando a Hermenêutica Jurídica atribui as divergências na interpretação do Direito à subjetividade, o que ocorre com isso, na ótica behaviorista, é na verdade o encerramen-

to do debate: dá-se um nome a determinado fenômeno sem o explicar. Daí a proposta deste trabalho, de seguir com o debate, enquadrando a interpretação o Direito na concepção behaviorista de comportamento.

2. A abordagem behaviorista e o paradigma das quatro variáveis (contexto, motivação, comportamento e consequências)

A ideia fundamental do behaviorismo é a de que o "comportamento" pode ser estudado cientificamente. Embora o senso comum normalmente associe a ideia de uma ciência comportamental à Psicologia, a construção teórica de Burrhus F. Skinner, o maior difusor do chamado behaviorismo radical, que conta com quase 80 anos de existência, foi feita com uma confessada aplicação multidisciplinar. Hoje é um ponto de consenso entre aqueles que lidam com o tema que "o behaviorismo não é propriamente uma ciência, mas uma filosofia da ciência" (BAUM, 2006, p. 17).

O modelo analítico-comportamental traçado por Skinner parte da ideia de que o comportamento animal é governado pelo ambiente que o cerca. Isso se estende para o comportamento humano, para o qual é particularmente importante o ambiente *social*. Esse ambiente é que produz o repertório comportamental dos indivíduos, que por eles é adquirido ("comportamento operante" no jargão skinneriano) em função de punições ou reforços que sucedem cada comportamento. Assim, o repertório comportamental é adquirido pelo indivíduo em razão das consequências que produz "e por tal razão as próprias consequências são chamadas de 'reforços'" (SKINNER, 2006, p. 38).

Uma recente reportagem televisiva explicava aos criadores de gado Nelore como amansar o rebanho para fins de transporte. O gado Nelore é conhecido por produzir carne de qualidade e por sua agressividade. Basicamente, o que se ensinou é que o importante seria dar alguma recompensa ao fim do transporte, como sal ou outro alimento. Ao verbalizar esse ensino, o especialista disse que a reiteração da recompensa daria uma "memória boa" ao animal. Note-se como essa nomenclatura – "memória boa" – não é relevante e poderia ser substituída por qualquer outra expressão mentalista: calma, mansidão, confiança. O fundamental não é o nome que se dá, mas a verificação das consequências que vão reforçar ou extinguir padrões comportamentais.

Para que esse ponto seja bem compreendido, vale assinalar que os analistas do comportamento fazem uma importante distinção entre "comportamento respondente" e "comportamento operante". O primeiro é também chamado de reflexos, como piscar em razão de um cisco no olho ou espirrar. Conforme demonstrado primeiramente por Pavlov, se um determinado estímulo, por exemplo, o som de uma campainha é sempre sucedido por um estímulo capaz de eliciar um comportamento reflexo, por exemplo, o sabor de limão na boca de um animal, o estímulo precedente pode adquirir a capacidade de eliciar o comportamento reflexo, no caso, a salivação. A salivação decorrente da estimulação pelo som da campainha é denominada então "comportamento reflexo condicionado" (RACHLIN, 1991). O segundo, denominado por Skinner "comportamento operante" em razão de o indivíduo necessariamente atuar no ambiente (operar), é aquele adquirido e mantido em razão das consequências: por exemplo, parar o carro quando o sinal fica vermelho (BAUM, 2006, p. 116). O comportamento operante se forma pelas consequências, pelo que vem depois, ao passo que os reflexos (condicionados ou incondicionados) decorrem do estímulo antecedente, daquilo que veio antes.

O comportamento operante de parar o carro no sinal, por exemplo, é uma aprendizagem que decorre de reforços do tipo: o pai elogiou o filho que disse ser errado atravessar o sinal vermelho; esse indivíduo viu alguém ser xingado ao desrespeitar o semáforo; marcou um ponto na prova do departamento de trânsito quando assinalou que se deve parar no sinal vermelho; descumpriu a regra como motorista e foi multado. É dessa forma que o behaviorismo responde à pergunta: "como algo que ocorre depois pode ter efeito sobre o comportamento?"

Além da relação entre comportamento e consequência, o paradigma formulado por Skinner inclui a ideia de contexto. As consequências resultantes de um contexto acontecido no passado tendem a governar o comportamento do indivíduo quando o contexto se repete. Os contextos são formados pelo que o behaviorismo chama de "estímulos discriminativos". O sinal vermelho é um estímulo discriminativo, assim como o fato de estar dirigindo o carro. O comportamento modifica-se conforme muda o contexto. O sinal vermelho controla o motorista que para, ao passo que o sinal verde faz com que (ou torna mais provável que) ele siga em frente (BAUM, 2006, p. 116). Como se sabe, a maior parte dos motoristas segue essa regra de trânsito quase sempre. É por isso que o contexto indica uma probabilidade – e não uma certeza – de que um determinado comportamento será adotado (MICHAEL, 1982). A ausência de punição às infrações e o tráfego caótico podem alterar essa probabilidade.

A última variável desse modelo é a motivação. As variáveis motivadoras funcionam como eventos antecedentes que alteram temporariamente a efetividade da consequência reforçadora (MICHAEL, 1982). Skinner fala nesse sentido em três variáveis ambientais relacionadas à ideia de motivação: privação, saciação e estimulação aversiva. Como exemplo da primeira, tem-se que "a privação de água aumenta a frequência de ocorrência de todos os comportamentos condicionados e incondicionados relacionados à ingestão de água" (SKINNER, 2007, p. 156). De forma inversa, a saciação diminuirá momentamente qualquer comportamento destinado a obter comida ou sexo, por exemplo. A última variável motivadora é a "estimulação aversiva", que funciona também como punidor (SKINNER, 2006). O exemplo típico é o frio que entra no quarto e leva o indivíduo a fechar a janela. (MICHAEL, 1982).

Em conclusão, as quatro variáveis acima descritas são o que determina o comportamento das pessoas. A propósito, para Skinner, "pessoas" são repertórios comportamentais adquiridos pelo organismo, que é o indivíduo. A alteração dessas variáveis altera o comportamento. Um juiz pode ser literalmente "outra pessoa" quando está jogando futebol, adotando um comportamento completamente diferente daquele que adota quando está sob a toga. Diz Skinner (2006, p. 145): "contingências complexas de refor-

ço criam repertórios complexos e, como vimos, diferentes contingências criam diferentes pessoas dentro da mesma pele, das quais as chamadas personalidades múltiplas são apenas uma manifestação extrema".

3. A interpretação do Direito como objeto da análise comportamental

Para Skinner, o comportamento é não mais do que uma das atividades do organismo: "é aquela parte do funcionamento de um organismo envolvido em agir sobre ou em interação com o mundo externo." (SKINNER, 1938, p. 6). Trata-se de uma definição muito ampla e que envolve uma série de situações; tem, porém, como eixo comum, a ideia de que o comportamento é governado pelas consequências.[1]

Nesse modelo, é possível enquadrar a "interpretação ou aplicação do Direito" na noção de comportamento. A Hermenêutica Jurídica, aliás, já tem consolidada a ideia de que, mesmo para dizer que um texto legal é óbvio e claro, o intérprete precisa "elucidar um problema" (MAXIMILIANO, 2007, p. 30-31). Assim, mais precisamente, a intepretação e a aplicação do Direito enquadram-se naquilo que o behaviorismo designa como comportamento destinado à "resolução de problemas".

Na resolução de problemas, "a tendência é utilizar soluções semelhantes, desde que essas soluções continuem a proporcionar as devidas compensações" (BAUM, 2006, p. 180). Para resolver problemas, o indivíduo seleciona comportamentos em função das consequências reforçadoras ou punidoras que esses comportamentos geraram no passado. A "solução" é exatamente o reforço que mantém os padrões comportamentais destinados à resolução no indivíduo. O ponto fundamental, aqui, é desmistificar a ideia de que as soluções encontradas pelos indivíduos sejam um produto da "criatividade", uma "revelação", um "raciocínio original" ou qualquer outro conceito mentalista.

Skinner (1980, p. 273) apresenta um exemplo de resolução de problemas: alguém precisa apanhar a mala de um amigo no bagageiro do aeroporto, sendo que essa mala nunca foi vista por essa pessoa, que se encontra sozinha diante de um porta-bagagem rotativo com centenas de malas. O problema complica-se pela grande quantidade de objetos que precisam ser analisados e pela velocidade com que se deslocam. Isso vai requerer algum tipo de aprendizagem. A pessoa começará a evitar as malas

---

[1] A análise comportamental confessadamente conflita com a ideia de "livre-arbítrio" (SKINNER, 1971; BAUM, 2006) e enfeixa-se nas teorias deterministas. A sustentação da tese determinista pelo behaviorismo é extremamente sofisticada, e, inclusive, desfaz muitos equívocos quanto ao que significa nesse campo ser determinista, de modo que a sua descrição pormenorizada não cabe neste trabalho.

que ela já analisou e que não tinham o nome de seu amigo. Imagine-se que todas as malas são muito parecidas, no tamanho e na cor. Uma boa estratégia será marcar com um giz as malas que já foram examinadas. Assim, nenhuma delas será examinada duas vezes. A pessoa ganhará tempo e alcançará seu objetivo de forma mais fácil.

A resolução do problema é o encontro da mala. E o uso do giz foi um "passo" importante, que antecipou o reforço seguinte, ao reduzir o número de malas que seria necessário analisar para se encontrar a mala correta. Esse "passo", que no caso consistiu em marcar com um giz, é o que Skinner (1980, p. 273) chamou de "comportamento precorrente":

> "Posso nunca ter me perdido nessa região, mas tenho uma história de consultar mapas e derivar possibilidades de caminhos – eu me comporto de maneiras que foram bem-sucedidas (reforçadas) no passado. O comportamento precorrente envolvido é frequentemente chamado de raciocínio, imaginação, formulação de hipóteses, e assim por diante. Todos esses comportamentos têm em comum a propriedade de gerar estímulos discriminativos que alteram a probabilidade de atividades subseqüentes."

Nessa perspectiva, a interpretação do direito pode ser entendida como uma modalidade de *resolução de problemas*. O advogado precisa encontrar no sistema jurídico o amparo ao seu cliente. O parecerista precisa responder uma pergunta. O juiz precisa decidir um litígio.

Os comportamentos precorrentes dos juristas, ou seja, os comportamentos destinados a gerar os "contextos" (estímulos discriminativos complexos) que tornem mais provável a solução, também são conhecidos: pesquisar a jurisprudência do tribunal em que se está litigando, consultar a doutrina especializada que costume ter posições alinhadas com a tese que se está defendendo.

A própria ideia, bastante prestigiada nos tratados de Hermenêutica Jurídica de que interpretar o Direito é algo indissociável da sua aplicação confirma a importância da história do indivíduo e das relações de reforço na compreensão dos textos legais: "Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício" (GRAU, 2002, p. 19).

Uma grande vantagem dos comportamentos precorrentes é o fato de que podem ser verbalizados (SKINNER, 1980, p. 275):

> "Facilmente lembrada e passível de ser executada em qualquer lugar, uma resposta verbal é um tipo especialmente útil de marca de giz. Muitos 'enunciados de fato' simplesmente exprimem relações entre os estímulos e as consequências reforçadoras das respostas a eles.
>
> [...]
>
> Os estímulos que um homem constrói ao resolver problemas podem ser úteis a outras pessoas precisamente porque as variáveis manipuladas no autocontrole são as que controlam o comportamento dos homens em geral. Ao construir estímulos externos para suplementar ou substituir mudanças privadas em seu comportamento, o homem automaticamente prepara a transmissão do que ele aprende. Suas construções verbais tornam-se propriedade pública e suas discriminações privadas não o poderiam. O que ele diz ao descrever seu próprio comportamento bem sucedido (segurei a base firmemente em minha mão esquerda e girei o topo para a direita) pode ser transformada numa instrução útil (segure a base firmemente com a mão esquerda e gire o topo para a direita). As mesmas variáveis estarão sendo manipuladas e com alguns dos mesmos efeitos sobre o comportamento."

Portanto, quando o intérprete descreve verbalmente os "passos" que deu para resolver um problema hermenêutico – na fundamentação

da decisão, nas razões do parecer ou nas alegações do recurso –, ele está descrevendo fórmulas que anteciparam o conjunto de reforços consequentes e que culminaram na resolução. Assim, se é comportamento, a interpretação jurídica pode ser objeto da análise behaviorista.

4. Onde estão as regras?

Se a interpretação pode ser objeto do behaviorismo, uma abordagem behaviorista poderia começar por aquilo que é o objeto da intepretação: as regras.

Como "regras", o behaviorismo entende quaisquer instruções que descrevam o comportamento capaz de gerar uma consequência, como o manual de um carro, um conselho dos pais ou um artigo da lei. Tratam-se de estímulos discriminativos verbais que indicam uma relação de reforço (BAUM, 2006, p. 168). No futebol, por exemplo, eu ouço que, se a bola cruzar a linha sob a trave, marca-se um gol. Quem fez essa verbalização está sob o controle de sua experiência de ter balançado as redes da trave e ver isso chamado de "gol". O comportamento dos ouvintes, do juiz que apita, da torcida que comemora, dos adversários que aceitam a derrota, reforça a verbalização da regra. Assim, chutar em direção ao gol torna mais provável a ocorrência dessas consequências.

Portanto, à luz desse modelo, as técnicas hermenêuticas, assim como a jurisprudência e as leis, são mesmo regras capazes de governar o comportamento, também para o behaviorismo. Todavia, como já dito, a expressão "regra" abrange um maior número de verbalizações, que têm como traço comum as relações de reforço. Assim, a própria leitura que se faz de um artigo da lei não se limitará àquilo que se capta nas palavras do texto. As consequências derivadas das variadas formas de se compreender o texto (relações de reforço) determinarão a forma como se entende e aplica o artigo da lei.

Note-se, por exemplo, como a interpretação do Direito varia de um julgador para outro. Mesmo os integrantes de um mesmo colegiado divergem entre si. Essa multiplicidade de compreensões da *mesma* norma é muitíssimo frequente, inclusive nos livros doutrinários. Isso ocorre porque um determinado tipo de interpretação tende a manter-se quando produz consequências reforçadoras. Quando as consequências são punidoras, ou quando o reforço deixa de existir, outra interpretação tende a prevalecer (BAUM, 2006, p. 173).

Uma possibilidade de se compreender esse ponto está em uma das questões formuladas pelo behaviorismo: "onde estão as regras"? Na visão dos juristas, as regras estão topograficamente localizadas em um título, em uma subseção, em um artigo da lei. O behaviorismo localiza as regras em outro lugar. Baum (2006, p. 177-178) diz o seguinte:

> “As explicações tradicionais do seguimento de regras são mentalistas. Como na gramática, fala-se de regras como se elas fossem coisas possuídas, como se as pessoas as possuíssem. Psicólogos dizem, às vezes, que as regras são ‘internalizadas’. Como outras formas de mentalismo, as regras que controlam nosso comportamento estão supostamente em algum lugar interno, como se cada um de nós tivesse um caderno de regras interno onde as regras estivessem de alguma forma gravadas, e pudessem ser localizadas na ocasião propícia.
>
> […]
>
> Se faz algum sentido falar em regras como localizadas em algum lugar, os behavioristas as colocam no ambiente. Elas se apresentam, não apenas figurativamente, mas concretamente, sob a forma de sons e sinais. Elas são estímulos discriminativos.
>
> […]
>
> Quando meus filhos são atenciosos como seus primos, seus primos também são, em contrapartida, atenciosos com eles, o que resulta em meus filhos continuarem a ser atenciosos. Meus filhos não internalizaram a regra sobre tratar bem seus primos; em vez disso, as conseqüências naturais e de longo prazo mantêm agora seu comportamento.”

Como se vê, o fato de os intérpretes analisarem os mesmos artigos da lei, de estudarem as mesmas regras hermenêuticas, e mesmo assim haver divergências, não surpreende a análise comportamental. As leis e os livros são os mesmos, mas o ambiente com o qual cada intérprete entra em contato e a sua história como aplicador do Direito é que modelam e mantêm seu comportamento interpretativo.

5. Comportamento governado por regras *versus* comportamento governado por contingências

Dentro dessa ideia de “governo” do comportamento, faz-se uma distinção entre comportamento governado por regras e por contingências[2]. Para falar deste último, Baum usa outra terminologia: “modelado implicitamente”. O comportamento modelado por regras “depende do comportamento verbal de outra pessoa (o falante), enquanto o comportamento modelado implicitamente não requer outra pessoa, requer somente interação com reforço não-social.” (BAUM, 2006, p. 166).

Portanto, na compreensão e aplicação do Direito, o comportamento do jurista não é governado apenas pelos artigos legais, pelos dispositivos constitucionais ou pelas recomendações da doutrina, mas também por outras “contingências”, que não são tão facilmente verbalizáveis.

---

[2] A rigor, a categoria “contingências” abrangeria também as regras, que, na verdade, seriam um tipo especial de contingência que se caracteriza pelo fato de ser verbalizável.

Baum (2006, p. 166) define o comportamento governado por contingências como aquele que "é modelado diretamente por consequências relativamente imediatas, que não depende de ouvir ou ler uma regra". Se for perguntado a uma pessoa como ela consegue se colocar na posição vertical ao andar de bicicleta, a resposta será, via de regra, "não sei explicar, só sei fazer". É difícil compreender por que um professor, quando expõe em sala de aula, gesticula mais do que outro; fala em tom mais enfático do que outro; é mais tolerante com ideias diferentes do que outro.

É muito mais fácil identificar as regras, que são enunciados verbais e assim são conhecidas, por serem escritas ou faladas. Porém, quando se fala nas contingências, a identificação torna-se bem mais difícil. Como disse Baum, normalmente as pessoas não conseguem descrever as contingências que estão na base do seu comportamento. Não obstante essas diferenças, o fato é que "todo comportamento operante – inclusive o controlado por regras – é modelado por reforço e punição" (BAUM, 2006, p. 166).

Como exemplo, pode-se fazer uma comparação entre as decisões do Judiciário e as dos conselhos que julgam processos administrativos. Essa comparação revela que muito frequentemente essas duas instâncias decisórias apresentam interpretações completamente díspares sobre o mesmo texto legal.

Veja-se o caso das normas que isentam o contribuinte de pagar imposto. É comum que os conselhos que processam o contencioso administrativo fiscal decidam no sentido de que "a outorga da isenção decorre de expressa previsão legal e sua interpretação se realiza de forma literal" (BRASIL, 2011). De seu lado, o Judiciário apresenta posições diferentes: "a isenção deve ajustar-se à uma realidade – valor, de modo que não se elimine o alcance da lei isencional, quanto a sua justa e razoável finalidade, prejudicando superiores interesses sociais" (BRASIL, 1999).

Mas, se o Direito é o mesmo, como é possível haver divergências?

Quando verificamos o quadro de punições e recompensas a que os membros de cada uma dessas instituições se sujeita, as coisas parecem ficar mais claras: se um juiz faz uma interpretação "errada", sua decisão é mudada pela instância superior e nada mais; se o agente administrativo "se equivoca" na leitura do direito, as conseqüências podem ser bem diferentes – inclusive com possibilidade de responsabilização pessoal.

Como se vê, também nas instâncias do poder o método interpretativo varia conforme as consequências que produzam para o intérprete. Antes de adotar a solução do problema hermenêutico, o intérprete sempre se pergunta: o que virá depois?

Os juristas dirão que a diferença entre os entendimentos decorre da subjetividade do intérprete, que é livre para compreender um mesmo princípio à sua maneira. Os analistas do comportamento dirão que a di-

ferença vem da história de cada um, dos reforços e punições a que se expuseram e do ambiente em que estão. E, quanto ao que cada um diz (comportamento meramente verbal) que é justo ou injusto, bom ou mau, isso já dependerá do que cada um foi reforçado a "dizer que é bom" e a "dizer que é mau", independentemente do que efetivamente faça:

> "A regra prática de Skinner, que considera o reforço como bom e punição como má, importa em uma regra sobre julgamentos de valor – o comportamento verbal envolvendo bom, mau, certo e errado. A verbalização *Mentir é errado* ocorre porque verbalizações desse tipo foram reforçadas por pais e professores. Assim, uma pessoa que nunca recebeu aprovação por tais verbalizações jamais dirá que mentir é errado, embora talvez nunca venha a mentir, se sua história incluiu o reforço da honestidade e a punição da mentira. Outra pessoa poderá dizer que mentir é errado e, no entanto, mentir frequentemente" (BAUM, 2006, p. 245).

6. A interpretação do Direito como um produto de contingências reforçadoras e punidoras

A hipótese deste capítulo é a da possibilidade de que outras contingências – além do seguimento de regras doutrinárias do tipo "as exceções se interpretam estritamente" – estejam atuando sobre o aplicador da lei quando ele "escolhe" uma determinada interpretação das normas jurídicas. Essa análise parte da filosofia behaviorista de Skinner, que enfatiza a importância das consequências para a aprendizagem e manutenção dos comportamentos.

Parte-se de um exemplo real. Em um imenso número de demandas judiciais, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) defende a tese de que não teria o poder de demolir construções que violem a lei ambiental sem prévia provocação do Poder Judiciário. Em geral, os tribunais ordinários adotam o entendimento de que não há necessidade de provocar o Judiciário para essa demolição, pois poderia ser aplicada penalidade administrativa pela própria autarquia sem necessidade do referido ajuizamento.

Curiosamente, o Ibama sempre recorre desse tipo de decisão, rejeitando o poder de autoexecutoriedade que lhe é reconhecido pelos tribunais de segundo grau e isso levou o Superior Tribunal de Justiça a acolher a pretensão da autarquia em sua jurisprudência, que se consolidou no sentido de que "revestida ou não a sanção do referido atributo [autoexecutoriedade], a qualquer das partes (Poder Público e particular) é dado recorrer à tutela jurisdicional, porque assim lhe garante a Constituição da República (art. 5º, inc. XXXV)"[3] (BRASIL, 2012). O fato de uma autarquia defender até as últimas instâncias judiciais a tese de que não tem determinado poder já revela um comportamento por si só bastante atípico e interessante do ponto de vista behaviorista.

No entanto, o detalhe mais instigante está no argumento apresentado pelo Ibama em seus recursos. Esse argumento é exatamente uma leitura literal do art. 72, inc. VIII, da Lei nº 9.605/98, que estabelece a possibilidade de punir administrativamente uma infração ambiental por meio da "demolição de obra". O Ibama sustenta que a palavra "obra" significa algo "em construção" e nunca edifícios já construídos. No Recurso Especial nº 1.312.668, a autarquia impugnou decisão que lhe dava o poder de demolir com o seguinte argumento: "Deixou de considerar e de levar em conta, todavia, o acórdão embargado, o fato de que, no presente caso, o que se teria que demolir não seria mais uma 'obra'".

---

[3] Art. 5º, inc. XXXV da CF/88.

Uma análise puramente hermenêutica dessa questão dificilmente explicaria a razão por que o Ibama sustenta essa tese. Por outro lado, uma análise comportamental do caso partiria do pressuposto de que as regras seguidas pelo intérprete não estão localizadas em algum lugar nele internalizado, mas no ambiente (BAUM, 2006, p. 177-178). A observância dos dispositivos da lei certamente modela o comportamento do intérprete, mas outras contingências também modelam. Eventuais problemas enfrentados pelos agentes públicos que ordenaram a demolição nesses casos, como ações judiciais questionando o ato ou pedindo indenização, podem explicar muito mais o cauteloso comportamento interpretativo adotado pela autarquia quanto à extensão do seu poder de polícia.

Outro exemplo pode ser dado, desta vez sobre o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (CARF),[4] que é a segunda instância do processo administrativo fiscal[5] e funciona estruturalmente como os tribunais, apreciando as razões de litigantes que se colocam em posição de contraditório. É comum verificar-se nos votos dos conselheiros do CARF a defesa da legalidade estrita como eixo interpretativo fundamental do órgão, como se nota no precedente abaixo:

> "Sobre a defendida ofensa ao princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, dentre outros, estes são dirigidos ao legislador, e não ao aplicador da lei, o qual, diante da norma existente no mundo jurídico, deverá aplica-la obrigatoriamente por força do art. 116, inciso III, da Lei 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009" (BRASIL, 2012).

No Processo nº 10980.002215/2001-11, por exemplo, o CARF apreciou a legitimidade da cobrança de imposto sobre a propriedade rural (ITR) de proprietário cujo imóvel fora invadido por "sem-terras". Prevaleceu o entendimento de que a cobrança seria ilegítima, mas o julgamento foi bastante polêmico e a polêmica decorreu do fato de que o regramento do imposto era claro. Ficaram vencidos três dos conselheiros que participaram do julgamento, inclusive a conselheira relatora, que baseou seu voto no princípio da legalidade, nos seguintes termos:

> "Não se pode olvidar, outrossim, que a Administração Tributária se submete ao princípio da estrita legalidade e, em existindo lei ou legislação

---

[4] Criado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e instalado pelo Ministro de Estado da Fazenda em 15/2/2009, mediante a Portaria MF nº 41, de 2009. Esse órgão sucedeu o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, criado pelo Decreto 16.580, de 4 de setembro de 1924.

[5] A primeira é composta pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

> complementar que disponha sobre determinado tributo e contribuições, não há como afastá-la, pois a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, CTN).
>
> A função deste Colegiado é verificar se a exigência tributária foi efetuada nos termos da lei" (BRASIL, 2006).

A corrente majoritária, no entanto, rejeitou essa argumentação com fundamento na circunstância de que o Supremo Tribunal Federal estaria consolidado no sentido de afastar a cobrança nesses casos[6].

Essas frequentíssimas discussões, no âmbito do CARF, sobre a vinculação do órgão à legalidade estrita pode ser estudada sob o prisma jurídico – há fundamento jurídico para isso? –, mas também pode ser objeto de exame da análise comportamental. Em 5 de fevereiro de 2013, o site Conjur, em notícia intitulada "CARF para atividades devido a ações populares", informou o seguinte:

> "Os julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o Carf, do Ministério da Fazenda estão parados nesta terça-feira (5/2). O órgão, última instância administrativa para disputas com o fisco federal, é alvo de dezenas de ações populares ajuizadas por um ex-procurador federal da Advocacia-Geral da União contra a União e empresas que foram absolvidas no colegiado da Fazenda. Pede-se nas ações, inclusive, a citação pessoal de conselheiros do Carf.
>
> Nesta terça, os conselheiros se reuniram e decidiram suspender os julgamentos. 'Houve a decisão de retirar os processos de pauta por causa da insegurança existente', explica o auditor fiscal e conselheiro do Carf Paulo Jakson. Ele conta que o receio é que, julgando novos casos, os conselheiros deem mais munição para novas ações." (CANÁRIO, 2013).

Nessas ações populares questionavam-se os fundamentos técnicos de decisões proferidas pelo CARF, alegava-se "omissão arrecadatória" e pedia-se a anulação dos julgamentos. Em algumas dessas ações, a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao oferecer contestação, decidiu aderir ao pedido do autor popular. Em outras, o demandante requereu o chamamento ao processo dos próprios conselheiros do CARF (KNOPFELMACHER, s.d). Exatamente esse fato foi o que gerou a paralização acima noticiada. Isso pode dar as primeiras pistas sobre o porquê dos membros do CARF, muitas vezes, prestigiarem uma interpretação mais estrita das normas tributárias do que os membros do Poder Judiciário. Se um juiz decide "errado", o máximo que pode acontecer é a sua deci-

---

[6] Disse o conselheiro que emplacou a tese vencedora: "Precedentes do Supremo Tribunal Federal informam que a invasão de terras particulares por 'sem terra' constitui força maior que justifica o descumprimento das obrigações fiscais do ITR".

são ser mudada. Se um agente administrativo "aplica mal" o Direito, as consequências podem ser bem diferentes.

O fato acima noticiado pode ser visto como reforço a um comportamento (interpretação literal) que se tornará provável quando o contexto (julgamento de um caso em que há duas interpretações possíveis) ocorrer novamente. Tal esquema reproduz exatamente o mecanismo de aquisição do repertório comportamental descrito pelo behaviorismo.

Tais exemplos parecem indicar que pesam de fato outras contingências, que não somente a leitura de artigos legais e livros doutrinários, sobre o comportamento de quem interpreta normas. Esse peso já foi intuído na distinção feita pela Hermenêutica Jurídica entre *texto* legal e a *norma* jurídica. A norma seria o texto interpretado, isto é, seria o resultado de uma construção do intérprete: "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (ÁVILA, 2009, p. 30). O behaviorismo possibilita o desenvolvimento dessa constatação feita pela Hermenêutica Jurídica. Porém, em vez que colocar o peso das contingências estranhas ao texto sob o rótulo de termos mentalistas, como "ideologia" ou "subjetividade" do intérprete, a análise comportamental pode focar-se nas relações de reforço e punição que concretamente modelam o comportamento daquele que aplica a lei.

Considerações finais

A interpretação do Direito é um comportamento e, assim, pode ser objeto de exame da análise comportamental. A divergência entre os intérpretes, mesmo quando analisam o mesmo texto legal e dispõem dos mesmos instrumentos hermenêuticos, é uma realidade notória e demonstra que há algo a mais por detrás da interpretação.

O quadro de reforços e punições a que estão expostos os intérpretes é um elemento que geralmente não se discute na Hermenêutica Jurídica, a não ser acidentalmente e de forma sempre rasa, como um comentário *a latere*. Assim, a proposta de abordagem interdisciplinar do tema pode apontar incontáveis novos aspectos que até aqui ficaram à margem da teorização feita pelos estudiosos do Direito.

A comunidade jurídica demonstra perplexidade com algumas questões alusivas à interpretação, mas essas questões permanecem sem resposta, como o verdadeiro motivo pelo qual os juízes decidem como decidem. Todavia, o que mais inquieta nesse campo não é o fato de ainda não existirem respostas para essas perguntas, mas a circunstância de que não se saberia como estudar as possíveis causas de fenômenos como esses.

Desse modo, a análise comportamental do fenômeno pode suprir uma lacuna até então aberta. Pode apontar causas até então ignoradas, que estão por trás da interpretação jurídica, que afetam e dirigem a aplicação do Direito, sem que delas se dê conta.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAUM, W. M. *Compreender o behaviorismo*: comportamento, cultura e evolução. Tradução Maria Teresa Araújo Silva... [et. al.]. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 10715.007718/2008-90. Relator: Francisco José Barroso Rios. DJ n. 3802-000.969. 25 abr. 2012. Disponível em: < https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 11080.007968/2008-04. Relator: Tania Mara Paschoalin. DJ n.2801-001.705, 29 jul. 2011. Disponível em: < https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 10980.002215/2001-11. Relator: Judith do Amaral Marcondes Arnando. DJ n. 302-37534, 25 maio 2006. Disponível em: < https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>. Acesso em: 2 jul. 2014.

______. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso especial n. 1312668/PB. Administrativo, ambiental e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública ajuizada pelo IBAMA com a finalidade de demolição de imóvel construído em área de preservação ambiental, bem como de ressarcimento dos danos causados. Nítido interesse de agir. Precedentes do STJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Dje 3 set. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, 11 set. 2013.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1246443/PR. Ambiental e administrativo. Infração administrativa. Demolição de edifício irregular. Auto-executoriedade da medida. Art. 72, inc. VIII, da lei n. 9.605/98 (demolição de obra). Peculiaridades do caso concreto. Interesse de agir configurado. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 abr. 2012.

______. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 22 ago. 2012

______. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. [Código Tributário Nacional]. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 15 set. 1966.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 192494/PR. Tributário. IPI. Importação de Peças para Substituição no Equipamento Principal. Isenção. Ajustamento ao Princípio da Legalidade. CTN, artigos 97, 109, 110, 111 e 176 – Decreto-Lei 1.726/79 (art. 2º, IV, f, 5). Lei 8.191/91. Decreto 151/91. Relator: Ministro José Salgado. Acórdão, 23 mar. 1999. *Diário da Justiça,* Brasília, 16 nov. 1999.

CANÁRIO, Pedro. Carf para atividades devido a ações populares. *Revista Consultor Jurídico*, 5 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/carf-atividades-nesta--terca-causa-dezenas-acoes-populares>. Acesso em 1º jul. 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* São Paulo: Malheiros, 2002.

KNOPFELMACHER, Marcelo. A tentativa de intimidação ao Carf. *Movimento de Defesa da Advocacia.* Disponível em: < http://www.mda.org.br/artigos-a-tentativa-de-intimidacao--ao-carf,43.htm>. Acesso em: 1º jul. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MICHAEL, Jack. Distinguishing between discriminative and motivating functions of stimuli. *Journal of the Experimental Analysis of Behavior*, v. 37, n. 1, p. 149-155, 1982.

RACHLIN, H. *Introduction to modern behaviorism*. 3 ed. New York: W. H. Freeman, 1991.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de J. C. Todorov & R. Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Contingências de reforço.* Tradução de Rachel Moreno. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo.* Tradução de Maria da Penha Villalobos. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SKINNER, Burrhus Frederic . *The Behavior of Organisms*. New York: Appleton-Century--Crofts, 1938.

O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais

O fenômeno da judicialização da saúde

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA
JÚNIOR ANANIAS CASTRO

Sumário

1. Introdução

Nos últimos anos, tem-se destacado no Brasil o fenômeno da judicialização da saúde, em vista da inércia do Poder Público em garantir a efetividade desse direito fundamental, principalmente quando se pensa na atuação do Poder Executivo. O grande problema está em definir os limites do Judiciário ao intervir para garantir a efetividade deste direito, principalmente se levarmos em consideração que os direitos de cunho prestacional[1] acarretam custos financeiros e que o Estado trabalha com recursos limitados já definidos por suas leis orçamentárias.[2]

Em face disso, como racionalizar os orçamentos públicos dos Municípios e Estados quando decisões judiciais determinam, a todo o momento,

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC-BH. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Júnior Ananias Castro é Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

[1] "Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fatos na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço)" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 249).

[2] A respeito da legitimidade das decisões judiciais ver "A epistemologia do direito. Legitimidade na decisão judicial." Título original *"The problems of jurisprudence"* (POSNER, 2007 p.166-205).

o deslocamento de recursos para atender a demandas individuais, algumas extremamente onerosas para o erário, como tratamentos médicos ou o fornecimento de determinados medicamentos?[3]

Apesar de as considerações de políticas orçamentárias serem essenciais na definição das políticas públicas, elas não podem afastar a normatividade do direito fundamental à saúde. Há uma obrigação positiva do Poder Público e quando este se furta de garantir sua realização, tal atitude abre espaço para a intervenção do Judiciário.

Como veremos, as intervenções do Poder Judiciário são determinantes para a realização do direito à saúde; porém, essa intervenção – por meio das decisões judiciais – apresenta limites, cujos parâmetros ainda não foram fixados, principalmente quando se trata de Municípios de pequeno ou médio porte, onde as restrições financeiras e estruturais são ainda maiores.

Este trabalho objetiva debater como se dá a concretização do direito à saúde no Brasil, com foco no caso específico de Ouro Preto, com seus 70.227 habitantes (IBGE, 2011), sendo, portanto um município de médio porte[4] que tem características capazes de torná-lo padrão para o estudo da efetivação de tal direito em inúmeros outros Municípios no País. Pretende-se, por meio deste trabalho, contribuir para os polêmicos debates que giram em torno do direito social à saúde, pautando todo o discurso utilizado aqui numa perspectiva que não trata justiça e eficiência como expressões contraditórias.

2. Uma breve abordagem acerca dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são básicos, podendo-se afirmar até mesmo que independem da legislação estatal para terem efetividade (GORCZEVSKI, 2009, p. 28). Quando tais direitos começaram a ser contemplados pelas Constituições, nos séculos XVIII e XIX, foram-no de maneira

---

[3] "Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficiente, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais etc.)? Cuida-se, também, neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão que seja ótimo nesta seara" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 577-578).

[4] A classificação do porte do município é definida pelo tamanho de sua população de acordo com estimativas feitas pelo senso do IBGE. Municípios de até 20.000 hab. são considerados de pequeno porte I, de 20.001 a 50.000 hab. são considerados municípios de pequeno porte II, de 50.001 a 100.000 hab. são considerados municípios de médio porte (como é o caso de Ouro Preto), de 100.001 a 900.000 hab. são considerados municípios de grande porte, acima de 900.000 hab. são considerados metrópoles (IBGE, 2010).

bastante tímida, refletindo "o pensamento individualista do liberalismo burguês, demarcando uma esfera de autonomia individual e de ausência de intervenção do Estado" (DUARTE, 2011, p. 34), isto é, um *non facere* estatal; nesse rol, encontramos os direitos à liberdade política, de expressão, religiosa, comercial, o direito à vida etc. (BAHIA, 2004). Esta é a primeira dimensão (ou mesmo geração) dos direitos fundamentais; e, ressalte-se que, apesar de restrita aos ideais liberais, consistiu em um grande avanço naquele momento histórico.[5]

Com o passar do tempo, percebeu-se que a simples garantia de abstenção do Estado não seria suficiente para garantir condições mínimas de dignidade da pessoa humana. Assim surgiram os direitos sociais ou de segunda dimensão ("direitos positivos"), que visam a criar para o Estado a obrigação de prestar serviços públicos essenciais, que preconizam a igualdade material (CANOTILHO, 1993, p. 509).[6] Incluem-se nesse grupo de garantias, entre outras, os direitos à educação, igualdade, moradia e o direito à saúde, sendo que este último – na perspectiva do controle judicial, do argumento da reserva do possível e da normatividade dos direitos fundamentais[7] – consiste no objeto deste trabalho. Desse modo, os "direitos positivos" apresentam-se como um importante instrumento na valorização da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Seguindo tal mudança, nas últimas décadas surgiram os direitos fundamentais de terceira dimensão, que visam à proteção dos direitos humanos, coletivos e difusos; logo, tais direitos não se destinam à proteção direta dos direitos individuais. Enquadram-se nesse grupo os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, ao patrimônio histórico e cultural, à defesa do consumidor etc. São direitos que, para a sua efetividade, necessitam de um esforço conjunto de toda a coletividade, exigindo, na maior parte dos casos, o empenho de vários países por meio de tratados internacionais (DUARTE, 2011, p. 36).[8]

De fato, a teoria das dimensões dos direitos fundamentais tem sido alvo de inúmeras críticas por transmitir a falsa ideia de que uma geração de direitos substitui a outra, quando, na realidade, o que há é uma complementação entre elas. Pode-se dizer, inclusive, que inúmeros direitos fundamentais, em sua essência, estão presentes nas três dimensões, porém com roupagem diferente, conforme a necessidade do momento histórico, o que demonstra tal complementariedade.[9] Contudo, em que pesem tais críticas, não podemos olvidar de seu "valor didático, já que facilita o estudo dos direitos fundamentais

[5] É importante lembrar que o mundo havia acabado de passar pela Revolução Francesa, responsável por ferir de morte o absolutismo monárquico; logo, o que mais se queria era liberdade frente ao intervencionismo estatal; portanto, é compreensível a adoção das ideias liberalistas nessa primeira dimensão dos direitos fundamentais.

[6] "Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela constituição) apresentam uma dimensão positiva (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestação (positivos) fundamentam também posições subjetivas "negativas", notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades, de entidades sociais e também de particulares" (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 4).

[7] Ver Stephen Holmes e Cass Sustein (1999). *The cost of rights – why liberty depends on taxes*.

[8] Além dessas três dimensões dos direitos fundamentais já disseminadas pela doutrina pátria, há autores, sobretudo Paulo Bonavides, que defendem uma quarta dimensão dos direitos fundamentais que traz à baila questões ligadas à democracia, ao direito à informação, ao pluralismo etc. Para mais informações ver (BONAVIDES, 2001, p. 216-229).

[9] Ao tratarmos, por exemplo, do direito à vida (primeira geração), percebemos que ele perpassa a segunda geração, como direito à saúde, e a terceira geração, como direito à proteção ao meio ambiente.

e simbólico, pois induz à ideia de historicidade desses direitos" (LIMA, 2003, p. 3).[10]

Luciana Gaspar Melquíades (2011, p. 37-39) afirma que os direitos fundamentais surgiram como direitos naturais, inalienáveis, anteriores ao próprio Estado, consistindo em um dos elementos do núcleo material das constituições. Dessa forma, pode-se afirmar que tais direitos figuram como uma limitação natural do poder estatal e estão, portanto, fortemente ligados à noção de democracia e Estado de Direito. Como consequência, tais direitos têm recebido grande destaque nas mais modernas constituições. Nesse sentido, aduz Rodolfo Arango:

> "*En la última década, los derechos sociales, a saber, los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, han tenido un creciente protagonismo en los países iberoamericanos, en la doctrina de tratadistas y organismos de derechos humanos, así como también, aunque en menor medida, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Los derechos sociales han adquirido importancia tanto en el discurso político como en la práctica de los movimientos sociales, hasta el punto de obtener un creciente reconocimiento en los estratos judiciales*" (ARANGO, 2009, p. 1-2).

Seguindo esta tendência dos países ibero-americanos, o poder constituinte brasileiro foi pródigo ao tratar dos direitos fundamentais na Carta de 1988 (CF), trazendo um "conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais" (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 4). Por fim, é importante ressaltar que, apesar de certas divergências, predomina o entendimento de que todos os direitos sociais encontrados na CF, não apenas aqueles dispostos no seu Título II, são dotados de fundamentalidade, devendo, portanto, ser protegidos de eventuais supressões do texto constitucional (por força do art. 60, § 4, IV, da CF), além de terem plena eficácia; por isso, são de aplicabilidade direta e não programática. Entre eles destaca-se o direito social à saúde (art. 196, CF).

3. Limites dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais em geral, têm a natureza normativa de princípios,[11,12] sendo que estes comportam a sua materialização em diferentes níveis (ALEXY, 2002, apud DUARTE, 2011, p. 77), uma vez que fixam direitos – em geral, *prima facie* –, enquanto as regras fixam direitos definitivos.[13] A grande consequência disso é que os direitos fundamentais, como princípios, podem sofrer certas restrições mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, fazendo com que, a depender do caso concreto, certos direitos fundamentais tenham precedência sobre os demais, sem que isso implique a perda da validade do direito que teve a sua aplicação restringida (ALEXY, 2008, p. 90-91).[14] Em linhas gerais,

[10] A classificação de quais direitos fazem parte de cada geração não é algo unânime entre os autores, Gomes Canotilho (2002, p. 386), por exemplo, considera que os direitos sociais fazem parte da terceira geração e não da segunda.

[11] Como aduz Canotilho, na moderna constitucionalística "(...) à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais" (CANOTILHO, 1993, p.166) divididas em regras e princípios.

[12] Acerca da teoria dos princípios, ver também as obras de Ronald Dworkin "Levando os direitos a sério" (2002) e "O império do Direito" (2003).

[13] Por uma questão de espaço, a distinção entre regras e princípios não será aprofundada. Para mais detalhes ver Robert Alexy, "Teoria dos direitos fundamentais" (2008, p. 85 et seq.).

[14] Alexy (2008, p. 93-94) consigna que "(...) Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, é permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que

o princípio da proporcionalidade significa que "o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio" (SARLET, 2003, p.111).

Como salienta Virgílio Afonso da Silva (2006, p.16), um modelo constitucional como o brasileiro, que amplia o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, naturalmente levará à colisão entre esses direitos, fazendo com que, em determinados momentos, seja necessária a restrição de uns em relação a outros por meio do princípio da proporcionalidade.[15] Em que pese essa possibilidade de restrição dos direitos fundamentais pela proporcionalidade,[16] ressalte-se que todo direito fundamental apresenta um "conteúdo essencial"[17] que representa um limite às ações do legislativo e do Judiciário. Desse modo, o "núcleo essencial" agiria como um limite aos limites dos direitos fundamentais (CAVALCANTE FILHO, 2013, p. 24).

Há duas teorias acerca do núcleo essencial: a teoria absoluta e a teoria relativa (SILVA, 2006, p. 22-24). A primeira afirma que o núcleo essencial tem natureza absoluta, não podendo ser violado em hipótese alguma, ao passo que a segunda trata o núcleo essencial a partir da ideia de ponderação no caso concreto. O grande problema dessa última teoria é o risco de uma relativização exagerada que torne sem efeito a própria noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais; portanto, a primeira teoria revela um maior grau de coerência.

Em linhas gerais, o mínimo essencial dos direitos fundamentais tem o condão de fixar até onde o Poder Público pode ir quando pretende limitar direitos dotados de fundamentalidade, além de vincular a Administração de forma positiva quanto à realização daquele direito (DUARTE, 2011, p. 81-82), mesmo quando se traz à baila o argumento da reserva do possível[18].

---

se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso."

[15] Importante ressaltar que no caso de colisão entre princípios, o princípio que tem a sua aplicação restringida, no caso concreto, por questões fáticas e ou jurídicas, não tem a sua validade ou extensão comprometida (SILVA, 2006, p. 20).

[16] Ver ADI nº 3.112-1, em especial voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que trata das diversas feições do princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2007b).

[17] "A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais não é citada expressamente na Constituição brasileira, ao contrário do que se vê, por exemplo, na *Grundgesetz* (Lei Fundamental alemã), cujo art. 19, 2, dispõe que 'Em nenhum caso pode um direito fundamental ser desrespeitado em seu núcleo essencial'" (CAVALCANTE FILHO, 2013, p. 25).

[18] "A expressão 'reserva do possível' (*Vorbehalt des möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a

Levando em consideração o objeto deste trabalho – os limites do Judiciário ao intervir para garantir a efetividade do direito à saúde –, é necessário delimitar o núcleo essencial do direito social à saúde, uma vez que, quando desrespeitado tal núcleo pela Administração Pública, o Judiciário estará *legitimado* a intervir nas políticas públicas.[19] Luciana Gaspar Melquíades (2011, p.160-161) defende que o núcleo essencial do direito à saúde é a preservação do direito à vida ("demandas de saúde de primeira necessidade")[20], partindo do premissa de que a garantia do direita à vida seria o pressuposto lógico para a fruição de todas as manifestações do direito à saúde, considerado como a segunda dimensão do direito à vida.[21]

Este tem sido o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 685.230/MS, quando foi submetido à apreciação do Supremo um pedido de fornecimento de medicamentos a paciente com *diabetes melitus* ante a recusa do estado do Mato Grosso do sul em fornecê-los. Segundo o rel. o Min. Celso de Mello:[22]

> "O direito à saúde – *além* de qualificar-se como direito fundamental que assiste a *todas* as pessoas – *representa* consequência constitucional *indissociável* do direito à vida. O Poder Público, *qualquer* que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, *não pode mostrar-se indiferente* ao problema da saúde da população, *sob pena* de incidir, ainda que por *censurável* omissão, em *grave* comportamento inconstitucional" (BRASIL, 2013b).

Como salientado no início deste trabalho, não é possível fugir das limitações fáticas (reserva do possível) e jurídicas ao se efetivar os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde. A escassez de recursos de que a Administração Pública dispõe para implementar suas políticas é algo constantemente lembrado pelos defensores da análise estritamente econômica do direito (TIMM, 2008). A todo momento os representantes do Poder Público encontram-se em posição de fazer "escolhas trágicas" devido a essa limitação de recursos; contudo, ao associar o direito social à saúde ao direito à vida, tal tarefa fica um pouco mais fácil, pois o direito à vida faz parte do grupo de direitos fundamentais não apenas *prima facie*, mas também definitivos (ALEXY, 2002, apud DUARTE, 2011, p. 160). Isso traz como consequência que os atos da Administração Pública ligados a questões de saúde, mesmo quando devidamente fundamentados, não serão legítimos quando colocarem em risco a fruição do direito à vida, justificando, portanto, a intervenção do Judiciário.

---

constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*). [...] não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável. [...] a ideia de reserva do possível para o Tribunal Federal Alemão não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, consequentemente, da sociedade. Caberia, então, à sociedade determinar a razoabilidade ou não da pretensão. [...]" (APEAM, 2012, p. 2-4). No Brasil, a expressão virou sinônimo daquilo que é financeiramente possível.

[19] "[...] o direito à saúde existirá em caráter definitivo e permitirá, portanto, a ingerência judicial ante a omissão do Poder Público" (DUARTE, 2011, p. 156).

[20] Para a professora Luciana Gaspar Melquíades (2011, p. 167-169) são *demandas de saúde de primeira necessidade*, todas aquelas prestações que se podem esperar do Estado e que são indispensáveis para a manutenção da vida. Já *demandas de saúde de segunda necessidade* são todas aquelas que promovem o bem estar, mas que não são indispensáveis para a garantia do direito de fruição da vida.

[21] Nesse mesmo sentido é o posicionamento dos professores Ana Paula Costa Barcellos (2006, p. 49), Orlando Soares Moreira e Elio Sgreccia (1988, p. 159).

[22] Ver tambémSTA 185/DF (BRASIL, 2007b); STA 175 AgRg/CE (BRASIL, 2010).

Por óbvio, este ainda é um ponto bastante controvertido, havendo dissonância não só na doutrina mas também em nossos tribunais. A principal bandeira levantada por aqueles que não concordam com a ideia de que, em certos casos, a prestação à saúde deve prevalecer independente de seu custo, é o argumento da reserva do possível, abalizado pelo princípio da separação dos poderes. Luís Roberto Barroso (2008, p. 2), por exemplo, defende que a ingerência do Judiciário fere frontalmente a separação dos poderes, uma vez que cabe ao Executivo determinar onde serão alocados os recursos públicos, além do Judiciário não ter a legitimidade democrática dos outros dois poderes.

Não procedem os argumentos levantados pelo constitucionalista, uma vez que o direito à vida (núcleo duro do direito à saúde) tem precedência sobre os demais direitos; portanto, o fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos ou qualquer outro tipo de insumo destinado à manutenção da vida, mesmo quando não se encontre presente na lista de medicamentos disponibilizados pelo SUS, independente de seu custo, possibilitará a intervenção do Judiciário, sem que isso caracterize ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Intricado problema surge quando há conflito entre demandas de saúde de primeira necessidade de um único indivíduo e demandas de saúde de primeira necessidade de uma coletividade. Sabe-se que a reserva do possível não fala apenas da limitação de recursos, mas também do fato de que há um orçamento (que é finito) e que a obtenção de um remédio por um, pode inviabilizar que outras centenas tenham acesso a tratamentos indispensáveis à manutenção de suas vidas. Isso também viola o direito à saúde (e à vida) desses outros. O ideal seria que a Administração Pública disponibilizasse recursos suficientes para salvaguardar todas as vidas; todavia, sabe-se que isto não é possível. Por conseguinte, em situações limites como esta, o Judiciário deve no "caso a caso" verificar as condições fáticas e jurídicas, abalizado pelos princípios do "mínimo existencial" e da "vedação do retrocesso", e, mediante juízo de ponderação, escolher entre uma e outra opção.[23]

4. A assistência à saúde em Ouro Preto

O Sistema Único de Saúde (SUS) em Ouro Preto está estruturado no modelo assistencial do Programa de Saúde da Família (PSF)[24], que consiste na distribuição de equipes responsáveis pelo acompanhamento de um determinado número de famílias em regiões estrategicamente divididas. O número de pessoas sob a responsabilidade de cada equipe varia entre 2.400 e 4.000 usuários, sendo que cada uma delas é composta por, no mínimo, um médico,

[23] Ver posicionamento de Canotilho quanto aos direitos sociais e o dever correlato do Estado em "Estudo sobre direitos fundamentais" (2008) e a entrevista dada ao *consultor jurídico* "Política pública não pode ser decidida por tribunal" (2011).

[24] "A Saúde da Família é entendida como uma estratégia de reorientação do modelo assistencial, operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde. Estas equipes são responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias, localizadas em uma área geográfica delimitada. As equipes atuam com ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais freqüentes, e na manutenção da saúde desta comunidade. A responsabilidade pelo acompanhamento das famílias coloca para as equipes saúde da família a necessidade de ultrapassar os limites classicamente definidos para a atenção básica no Brasil, especialmente no contexto do SUS. A estratégia de Saúde da Família é um projeto dinamizador do SUS, condicionada pela evolução histórica e organização do sistema de saúde no Brasil. A velocidade de expansão da Saúde da Família comprova a adesão de gestores estaduais e municipais aos seus princípios. Iniciado em 1994, apresentou um crescimento expressivo nos últimos anos. A consolidação dessa estratégia precisa, entretanto, ser sustentada por um processo que permita a real substituição da rede básica de serviços tradicionais no âmbito dos municípios e pela capacidade de produção de resultados positivos nos indicadores de saúde e de qualidade de vida da população assistida." (BRASIL, s.d.).

um enfermeiro, um técnico em enfermagem e um agente comunitário de saúde para cada 150 famílias. O Município de Ouro Preto conta hoje com 9 (nove) equipes de saúde na sede do Município e 10 (dez) equipes nos seus 13 (treze) Distritos (OURO PRETO, s.d.), com cobertura de 100% da população (OLIVEIRA; LANA, 2013)[25,26].

O PSF tem-se mostrado de grande utilidade, uma vez que tem propiciado um uso mais efetivo dos demais modelos de assistência à saúde no Município, pois resolve aqueles casos de menor gravidade sem que o paciente tenha que procurar a Unidade de Pronto Atendimento (UPA) ou o Hospital da Santa Casa de Misericórdia.[27] Além disso, atua na prevenção de inúmeras doenças, o que pode ser entendido como uma forma de racionalizar os investimentos na saúde e torná-la mais efetiva e acessível.

Contudo, em que pese a cobertura dos PSFs em Ouro Preto superar a média nacional (96,7%), a falta de infraestrutura dos mesmos ainda é uma constante. Segundo a médica de família e comunidade Mirian Santana Barbosa (2013), a infraestrutura da Unidade do Programa de Saúde da Família Andorinhas, Morro Santana (Ouro Preto, MG), é:

> "[...] inadequada e pequena e a equipe diariamente lida com o problema de falta de salas para os profissionais. São três consultórios médicos, uma sala de enfermagem, uma sala de vacina, uma sala de curativos, um expurgo e uma copa. As paredes de toda estrutura estão mofadas, algumas macas estão quebradas, os armários estão em estado ruim de conservação, as salas não têm lavatórios, não há sala de reuniões ou espaço para grupos operativos e capacitações, a sala de espera é desconfortável e pequena, não comportando o número suficiente de pacientes" (BARBOSA, 2013).

Não bastassem os problemas estruturais, recorrentes em outras unidades do Programa de Saúde da Família, principalmente nos distritos do Município, há ainda a questão do acesso a medicamentos e tratamentos médicos que muitas vezes são recusados pela Administração Pública local, sob a justificativa de que a sua prestação comprometeria o seu orçamento

---

[25] Para mais detalhes ver Thaline Alves de Oliveira e Francisco Carlos Félix Lana (2009).

[26] Segundo dados do Ministério da Saúde, a cobertura dos programas de saúde da família (PSFs) no Brasil hoje é de 96,7%, beneficiando 193,2 milhões de pessoas, em 5.297 municípios, por meio de 257.265 (2012) agentes comunitários de saúde, que atuam nas 33.404 equipes de saúde da família (Ministério da Saúde, 2012) (BRASIL, 2013a).

[27] Os atendimentos médicos em Ouro Preto "[...] do nível secundário ocorrem na Policlínica e nos ambulatórios da UFOP, que atuam em parceria com a prefeitura. Há ainda uma Unidade de Pronto Atendimento, o Centro Viva Vida (em Itabirito) que referencia pacientes de alto risco do Hiperdia e pré-natal, e o Hospital Santa Casa de Misericórdia que possui convênio para serviços de obstetrícia, cirurgia e leitos de internação e CTI. Exames complementares são realizados por um laboratório municipal, mas a grande parte por conveniados. Há um Conselho Municipal de Saúde com composição padrão, que se reúne quinzenalmente para discutir e encaminhar demandas locais." (BARBOSA, 2013).

(argumento da reserva do possível). Nesse sentido, vale a pena trazer alguns dados acerca do tema, obtidos por meio de interessante pesquisa empírica realizada a partir da análise documental dos ofícios emitidos pelo Ministério Público de Minas Gerais e as respectivas respostas da Secretaria Municipal de Saúde de Ouro Preto (SMS-OP), entre os anos de 2010 e 2011:

> "Foi realizada uma pesquisa documental, com abordagem metodológica qualitativa. Foram analisados ofícios emitidos pelo Ministério Público [...] e as respostas emitidas pela Secretaria Municipal de Saúde de Ouro Preto- SMSOP, referentes ao fornecimentos de medicamentos, durante os anos de 2010 e 2011.
>
> No período estudado foram analisados 116 ofícios emitidos pelo Ministério Público de Ouro Preto, relativos a 71 pacientes [...].
>
> Foram solicitados 23 itens diferentes de medicamentos, dos quais 13 (56,5%) não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS. A porcentagem de ofícios que foi encaminhado ao Programa Complementar de Medicamentos foi de 50,4% [...]. Dos itens fornecidos regularmente pelo SUS (29,4% do total de itens), 29 (20,3%), pertenciam ao Programa de Medicamentos de Alto Custo [...].
>
> [...] Observa-se que o atraso no recebimento do medicamento solicitado foi a maior causa de envio de ofícios à SMS-OP. Foi verificado que dos 34 ofícios relacionados ao atraso na entrega de medicamentos 38,2% estavam ligados a problemas licitatórios, o que reforça a ideia de Gandin *et al.* (2008) na qual muitas vezes, os recursos orçamentários até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinados insumos.
>
> Quanto ao deferimento dos produtos solicitados, 53,4% dos pedidos foram atendidos positivamente, 24,6% ficaram pendentes, uma vez que estavam em processo de analise pelas comissões responsáveis pelo seu deferimento, 16,1% foram indeferidos e 5,9% se relacionavam à assistência farmacêutica, mas não necessitavam de deferimento [...].
>
> No que se refere às patologias apresentadas nos documentos analisados, pode-se perceber que as do Sistema Nervoso (14,7%) são a de maior representatividade [...] Em seguida encontram-se as doenças Músculo/Esqueléticas (12,1%), seguidas de Neoplasias (7,76%), Cardiovascular (6,03%) e doenças que envolvem os olhos (6,03%). (ARAÚJO, 2011, p. 25-34).

Diante desses dados, percebe-se, em primeiro lugar, o importante papel desempenhado pelo Ministério Público na efetivação do direito à saúde no Município de Ouro Preto, seja por meio de encaminhamento de ofícios à Secretaria Municipal de Saúde, seja pela via judicial, quando tais ofícios não são atendidos. Uma parcela significativa da população ouro-pretana certamente não teria condições de ingressar com ações autônomas no Judiciário para requerer tratamentos médicos por serem

pessoas, em geral, de baixa renda e pouca escolaridade; portanto sem muitos recursos para demandar. Em vista disso, o MP desempenha em Ouro Preto um importante papel social ao contribuir para a democratização do acesso à saúde no Município.[28] Cabe ressaltar também a importante atuação da Defensoria Pública e do Núcleo de Práticas Jurídicas do curso de Direito da UFOP na efetivação de tal direito no Município.

Em segundo lugar, é evidente que o principal motivo do encaminhamento de ofícios à SMS-OP seja o atraso no fornecimento dos medicamentos devido a problemas licitatórios. Tal fato demonstra a falta de organização do Município na implementação de suas políticas públicas, o que é algo mais indefensável, ainda que o argumento da "reserva do possível", pois no caso os recursos existem, porém não estão sendo utilizados. Por último, outro dado que merece ser colocado em evidência é o grande número de pedidos que foram indeferidos (16,1%), que têm grandes chances de se transformarem em demandas judiciais, quando poderiam ter sido resolvidos administrativamente.

Em 2008, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) julgou a Apelação Cível nº 1.0461.04.014806-0/001(MINAS GERAIS, 2008) ajuizada em ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Município de Ouro Preto, devido à recusa deste em realizar as cirurgias de prostectomia e colecistectomia em três pacientes, cuja necessidade se encontrava atestada em receituário médico subscrito por agente público municipal. Em sua defesa, o Município alegou que "a sentença violaria os procedimentos administrativos e a discricionariedade administrativa do Município para a gestão dos limitados recursos destinados às despesas daquele ente público". Os desembargadores decidiram por negar provimento ao recurso, uma vez que o demandado não se desincumbiu do ônus de provar que as moléstias sofridas pelos pacientes poderiam ser tratadas de maneira eficaz por outros meios – não havendo, portanto violação da cláusula da reserva do possível.

No mesmo sentido, o TJ-MG decidiu o agravo de instrumento nº 1.0461.11.004841-4/001 (MINAS GERAIS, 2012), proposto pelo Ministério Público em face do Estado de Minas Gerais e do Município de Ouro Preto, pleiteando o fornecimento do medicamento Fumarato de Quetiapina para paciente acometido de mal de Alzheimer. A Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto condenou o Estado a fornecer o fármaco no prazo de dez dias, e este ingressou com o recurso alegando a impossibilidade de se pleitear ao mesmo tempo o referido medicamento

---

[28] A esse respeito, pode-se citar pesquisa realizada envolvendo cinco estados brasileiros (Bahia, Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul), segundo a qual há uma correlação entre renda, níveis de educação e litigiosidade (HOFFMANN; BENTES, 2008, p. 384-385 apud DUARTE, 2012, p. 253-254).

em face da municipalidade e do Estado, o que poderia gerar gastos desnecessários. Além disso, a decisão proferida em primeiro grau feriria o princípio da separação dos poderes. Os desembargadores negaram provimento ao recurso, ressaltando a relatora do acórdão, Des. (a) Heloisa Combat, que:

> "Não se ignora que, no que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e da União [...]. Ademais, o Sistema Único de Saúde é uma instituição descentralizada, não se podendo estabelecer, para sua atuação, núcleos com competências diferenciadas nos diversos entes federativos, sob pena de obstar a concretização do direito à saúde, mormente nos casos de urgência. É dizer, o Sistema Único de Saúde, tendo em vista o seu caráter de descentralização, torna solidária a responsabilidade pela saúde, alcançando a União, os Estados e os Municípios" (MINAS GERAIS, 2012, p. 5).

Tais decisões consistem em importantes precedentes em relação às demandas afetas à área da saúde em Ouro Preto, pois servem para amadurecer as discussões a respeito da efetivação do direito à saúde no Município. Nas referidas ações foram levantados pela Administração Pública a cláusula da reserva do possível, o princípio da separação dos poderes, entre outros argumentos; contudo, o tribunal priorizou a preservação do direito à vida, uma vez que nem o Município de Ouro Preto, no primeiro recurso, e nem o Estado de Minas Gerais, no segundo recurso, conseguiram provar a existência de alternativas viáveis para atender às demandas dos pacientes.

5. Conclusão

Este trabalho teve como objetivo principal realizar uma breve análise do fenômeno da judicialização das políticas públicas referentes à saúde. O Brasil tem passado por um momento de crescimento do Judiciário em que a resolução de inúmeros conflitos sociais e econômicos, que antes cabiam estritamente à esfera política, estão sendo entregues aos juízes, tendo em vista a inação do Poder Público em garantir a efetividade de inúmeros direitos, com destaque para o direito social à saúde.[29] Sabe-se que a Administração Pública lida com recursos escassos, previamente definidos em suas leis orçamentárias; portanto, decisões judiciais que condenam os entes da Administração Direta a arcar com tratamentos médicos de alto custo podem levar a um desequilíbrio nas contas do erário, pois, em muitas ocasiões, recursos previamente estabelecidos para serem aplicados em determinados setores precisam ser realocados para atender a decisões judiciais.

Ficou evidenciado que, quando o Judiciário for provocado para intervir nas decisões da Administração Pública, é indispensável, quando tal intervenção ocorrer, a análise fática e jurídica da situação para que possa ser tomada a decisão menos onerosa e com os melhores resultados. Outro elemento que serve para balizar a intervenção do Judiciário nas políticas públicas que envolvem direitos fundamentais é o respeito ao núcleo essencial de tais direitos.

Com relação ao direito social à saúde, foi adotado neste trabalho o entendimento perfilhado pela professora Luciana Gaspar Melquíades (2011), segundo a qual o conteúdo essencial do

[29] "[...] pode-se perceber claramente uma nítida tendência das sociedades contemporâneas à juridicização, em um momento em que cada vez mais a resolução de conflitos se transfere ao judiciário, com a diminuição do espaço do judiciário [...] em sociedades claramente confrontadas com cada vez mais conflitos na esfera econômica e social, e também conflitos respeitantes à visões particulares de mundo, a ausência de canais democráticos de expressão das diferenças implica a supervalorização do jurídico como meio de organização das relações sociais e de solução de conflitos (KOZICKI, 2012, p. 78).

direito à saúde é a preservação do direito á vida; portanto, sempre que esta for colocada em risco devido à recusa da Administração Pública em prestar assistência médica, o Judiciário estará legitimado a intervir para garantir a sua efetividade, independentemente dos custos para os cofres públicos, e sem que tal intervenção importe em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Já em relação às demandas de saúde de segunda necessidade, quando houver conflito com outras garantias, caberá ao Judiciário ponderar quanto a sua precedência em relação aos demais direitos, bem como a capacidade fática e jurídica do ente público em disponibilizar o bem demandado, sobretudo quando se encontra no polo passivo da ação Municípios de pequeno e médio portes, como é o caso de Ouro Preto.

Por fim, ressalte-se que a atuação do Judiciário e do Ministério Público tem sido crucial na efetivação do direito à saúde, atuação esta que deve ser mantida. Contudo, é importante deixar claro que um Estado que se pretende verdadeiramente Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o ideal não é apostar todas as suas esperanças em um super-Judiciário, com respostas prontas e acabadas para todas as questões que são levadas a ele. Como salienta Bernardo Augusto Ferreira Duarte (2012, p. 255), quanto à efetivação dos direitos sociais, nada melhor do que uma participação efetiva da sociedade civil nos rumos das decisões políticas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales em ibero américa: estado de la cuestión y perspectivas de futuro. *Cuaderno Eletrónico*, n. 5, 2009. Disponível em: <http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2014.

ARAÚJO, Samuel Pedrosa Aleixo de. *Judicialização da saúde no âmbito da assistência farmacêutica em Ouro Preto-MG*. 2011. 50 p. Monografia (Graduação) - Departamento de Farmácia, Universidade Federal de Ouro Preto, 2011.

ASSOCIAÇÃO DOS PRAÇAS DO ESTADO DO AMAZONAS. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado*. Manaus: APEAM, 2012. p. 2-4. Disponível em: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2028.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

BARBOSA, Mirian Santana. *Formulação de Diagnóstico Situacional da área de abrangência do PSF Andorinhas - Morro Santana (Ouro Preto MG) como estratégia para planejamento de*

ações em saúde. 2013. Disponível em: <http://www.atencaobasica.org.br/comunidades/iv-mostra-eixo-tematico12/formulacao-de-diagnostico-situacional-da-area-de-abrangencia>. Acessado em 01 de setembro de 2013.

BARCELLOS, Ana Paula Costa. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014.

______. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de atenção básica. *Atenção básica e a saúde da família*. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/atencaobasica.php#saudedafamilia>. Acesso em: 21 ago. 2014.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 3.112-1. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 2 maio 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 out. 2007a. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/112/84>. Acesso em: 21 ago. 2014.

______. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 185/DF. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJ, 10 dez. 2007b. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/STA185.pdf.> Acesso em: 22 ago. 2014.

______. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/DF. Agravo regimental/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico,* 30 abr. 2010.

______. Ministério da Saúde. Saúde da Família será ampliado em 16 estados. *Portal Brasil*, 29 jan. 2013a. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2013/01/saude-da-familia-sera-ampliado-em-16-estados>. Acesso em: 22 ago. 2014.

______. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 685.230/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 5 mar. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico,* 25 mar. 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3542167>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

______. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo/Portugal: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2008.

______. Política pública não pode ser decidida por tribunal. *Consultor Jurídico*, 23 out. 2011. [Entrevista concedida a Rogério Barbosa]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues#author>. Acesso em: 22 ago. 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais* [online]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao direito à saúde*: uma análise a partir da reviravolta hermenêutico linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes, 2012. 482 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

______. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRATTARI, Rafhael. *Aspectos Básicos da Construção de Projetos de Pesquisa em Direito*. Belo Horizonte: Pós-Graduação em Direito PUC-Minas, [2006].

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos*: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GUSTIN, Miracy de Sousa Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Re-pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Quadro de delegados municipais para a VIII conferência estadual de assistência social*. 2010. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fecam.org.br%2Farquivosbd%2Fpag_avulsas%2F0.618252001305893435_quadro_delegados.doc&ei=B2YPVKG3L5HxgwSDn4GICA&usg=AFQjCNFQM_AbdMZYmy8UZ8HFqpgUtEWiDw&sig2=0rY9IYotjcoCaYH6mbWNVA>. Acesso em: 11 set. 2014.

KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LIMA, George Marmelstein. Crítica à teoria da gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/geracoes.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

MELQUIADES DUARTE, L. G. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Forum, 2011. v. 1. 392p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Orlando Soares; SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1988.

MINAS GERAIS. Ação civil pública. Apelação cível n. 1.0461.04.014806-0/001. Relator: Edgard Penna Amorim. DJ, 18 set. 2008. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, 12 nov. 2008. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5974021/104610401480600011-mg-1046104014806-0-001-1>. Acesso em: 22 ago. 2013.

MINAS GERAIS. Agravo de instrumento n. 1.0461.11.004841-4/001. Relator: Heloisa Combat. DJ, 21 jun. 2012. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, 13 jul. 2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0461.11.004841-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 22 ago. 2014.

OLIVEIRA, Thaline Alves de; LANA, Carlos Félix Lana. Hanseníase no município de Ouro Preto, Minas Gerais: aspectos epidemiológicos e operacionais. *Rev. Min. Enferm*, v. 3, p. 407-415, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.reme.org.br/artigo/detalhes/206>. Acesso em: 22 ago. 2014.

OURO PRETO. Secretaria Municipal de Saúde. *Guia do Usuário do Sistema Único de Saúde (SUS)*. Disponível em: <http://www.ouropreto.mg.gov.br/veja/12/25/guia-do-usuario-do-sistema-unico-de-saude-sus>. Acesso em: 22 ago. 2014.

POSNER, Richard A. A epistemologia do direito: legitimidade na decisão judicial. In: ______. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 166-205.

SARLET, Info Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416 p.

______. Constituição e proporcionalidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre v. 3, n. 12, p.111, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 1, n. 1. Porto Alegre: HS Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de direito do Estado*, v. 1, n. 4, out./dez. 2006. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo

ANDRÉ DIAS FERNANDES

Sumário

1. Introito

Com o advento da CF/88, novos princípios foram constitucionalizados, o que veio a ampliar o controle da atividade administrativa. Mais recentemente, tem-se verificado uma ampliação ainda maior do controle judicial dos atos administrativos com base numa *releitura* daqueles mesmos princípios, acarretando uma redução tão significativa na discricionariedade administrativa que muitos doutrinadores vêm sustentando que já não subsiste mais o conceito de mérito administrativo como limite ao controle judicial dos atos administrativos.

Nessa ordem de ideias, defende-se uma postura mais ativista do Judiciário no tocante ao controle das políticas públicas, ainda quando haja necessidade de intermediação do legislador infraconstitucional.

De outra parte, alguns doutrinadores advogam uma maior autocontenção (*self restraint*) do Judiciário, por variegadas razões, entre as quais a ausência de legitimidade democrática do juiz, os impactos sistêmicos nefastos na governança, a falta de capacidade institucional do Judiciário, as limitações ingênitas à dialética processual (ausência de visão global) e as limitações impostas pelo princípio da separação de Poderes.

André Dias Fernandes é Juiz Federal, doutorando em Direito do Estado pela USP, mestre em Direito pela UFC, MBA em Poder Judiciário pela FGV-Direito-Rio e professor da Faculdade 7 de Setembro.

Impende, pois, analisar a evolução do conceito de mérito do ato administrativo e verificar se ainda desfruta de serventia na hodiernidade.

2. O mérito do ato administrativo na visão de Seabra Fagundes e Alessi

Sob o influxo dos administrativistas italianos, Seabra Fagundes (1957, p. 167-168) desenvolveu, com profundidade, na doutrina pátria o conceito de mérito do ato administrativo[1]. Eis a sua concepção a este respeito:

> "O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um *juízo comparativo*. *Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo*. [...]
>
> Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação de vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). *Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relaciona-se com eles. É um aspecto que lhes diz respeito. É uma maneira de considerá-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário deste.*"

Portanto, consoante Seabra Fagundes, o mérito não constituiria um sexto *elemento* dos atos administrativos – até porque não estaria presente nos atos vinculados –, mas consistiria num *aspecto relacionado* com o motivo e o objeto do ato discricionário. Traduzir-se-ia num juízo comparativo, de feição política, discricionária, que poderia ser sinteticamente definido como um juízo de *conveniência e oportunidade*.

Por seu turno, Renato Alessi (1949, p. 134-135) realça os aspectos positivo e negativo do conceito de mérito administrativo:

> "O conceito de mérito pode ser considerado sob dois aspectos: sob o aspecto meramente *negativo*, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito), e sob o aspecto *positivo*, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. Sob o primeiro aspecto,

---

[1] O conceito de mérito ou "merecimento" como limite ao controle judicial dos atos administrativos já constava na legislação pátria desde 1894. Com efeito, dispunha a Lei nº 221/1894, no seu art. 13, § 9º, *a*: "Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o *merecimento* dos atos administrativos sob o ponto de vista de sua *conveniência ou oportunidade*" (BRASIL, 1984, grifo nosso). Tal Lei versava sobre a organização da Justiça Federal.

> o conceito de mérito se põe em antítese com o de legitimidade em sentido estrito – adquirindo um e outro um valor meramente processual –, enquanto sob o aspecto positivo o conceito de mérito está compreendido no conceito de legalidade – ou legitimidade em sentido lato – da medida, adquirindo, ambos, valor substancial relativo à adequação efetiva, plena e perfeita à norma jurídica."

Na concepção de Alessi e de Seabra Fagundes, o conceito de mérito do ato administrativo conexiona-se com o de discricionariedade e configura um limite à sindicabilidade judicial[2].

No entanto, a dificuldade maior não está na definição *in abstracto* do mérito administrativo, mas sim naquilo que *in concreto* se subsumiria ou não no referido conceito. É nessa ambitude que medram as principais controvérsias e as sucessivas tentativas de estreitamento do conceito de mérito administrativo. Em outras palavras, há um considerável consenso no sentido de que o mérito administrativo consiste num juízo de conveniência e oportunidade, mas aquilo que se considera conveniente e oportuno tem variado ao longo do tempo, em face do incremento dos parâmetros de controle.

Analisemos, portanto, os fatores que têm contribuído para a redução da discricionariedade administrativa e o consequente estreitamento do conceito de mérito do ato administrativo.

3. Evolução do conceito de mérito do ato administrativo

A *teoria do desvio de poder* (*détournement de pouvoir*), elaborada pelo *Conseil d'État* francês, foi um dos primeiros fatores de redução da discricionariedade administrativa, pois, a partir dela, passou-se a admitir um controle sobre a *finalidade* do ato. Nesse exame, busca-se verificar se a autoridade administrativa usou legitimamente de sua competência ou se o fez com o intuito de beneficiar ou prejudicar alguém. A essa luz, a Administração não pode escudar-se na alegação de conveniência e oportunidade para praticar atos que desbordam da finalidade de atendimento ao interesse público, o que veio a subtrair tais atos do conceito de mérito administrativo.

A *teoria dos motivos determinantes* representou mais um passo relevante na redução da discricionariedade administrativa.

Consoante a clássica definição de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 193, grifo nosso)

---

[2] "O conceito de *mérito* no Direito Administrativo reveste a maior importância, de vez que permite, pela discriminação de um elemento integrante de certos atos administrativos e isento do controle jurisdicional, delimitar, a determinado ângulo, o âmbito desse controle sobre a Administração Pública" (FAGUNDES, 1951, p. 1).

> "a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, *para todos os efeitos jurídicos*. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido."

A essa luz, a teoria dos motivos determinantes aplica-se assim aos atos *discricionários* como aos *vinculados*, e tanto aos atos em que a *motivação é obrigatória* como aos em que a *motivação é facultativa*[3].

Tal teoria, de origem francesa, tem obtido ampla aceitação na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto recente do STJ:

> "6. No caso, como a exoneração do impetrante deveu-se, exclusivamente, ao fato de ter mais de 70 anos, POR FORÇA DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, deve ser anulado o ato impugnado no mandamus, NADA IMPEDINDO, TODAVIA, QUE A AUTORIDADE IMPETRADA PROMOVA NOVA EXONERAÇÃO AD NUTUM"[4] (BRASIL, 2013).

A partir da teoria dos motivos determinantes, passou-se a exercer um controle sobre o *motivo* do ato administrativo. De feito, ao vincular a Administração aos motivos determinantes invocados, mesmo nos atos em que a motivação seria dispensável, a teoria dos motivos determinantes reduziu a margem de discricionariedade da Administração e possibilitou o controle desses motivos determinantes com fulcro nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, colaborando para a retração do conceito de mérito administrativo.

De outra parte, a *teoria dos conceitos jurídicos indeterminados* também serviu para a redução da discricionariedade da Administração e

---

[3] Conquanto a doutrina pugne pela motivação de todos os atos administrativos, a jurisprudência e a legislação admitem a existência de alguns atos que dispensam motivação ou permitem que essa seja feita *a posteriori*. Nesse contexto, são dignos de nota os arts. 2º e 50 da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal: "*Art. 2º*. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos *princípios* da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...] "Art. 50. Os atos administrativos *deverão ser motivados*, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, QUANDO: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. [...]" (Brasil, 1999).

[4] Na mesma linha, já decidiu o STF (BRASIL, 1997).

consequente redução do conceito de mérito administrativo. Uma vez que os conceitos empregados pela lei sejam *jurídicos*, estarão, como tais, sujeitos à interpretação *jurídica*, a qual *pode, eventualmente*, conduzir a uma única solução admissível ou a algumas delas, o que limita a discricionariedade do agente e possibilita o controle judicial. Mesmo que a interpretação desses conceitos jurídicos indeterminados normalmente não conduza a uma única solução aceitável perante o Direito, ela tem o condão de eliminar várias soluções inadmissíveis, o que já reduz o grau de discricionariedade.

A esse propósito, existem duas concepções básicas: uma corrente, originária da Alemanha e encampada pela doutrina e jurisprudência espanhola graças, sobretudo, à adesão de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados conduzem *sempre* a uma única interpretação correta; enquanto outra advoga a possibilidade de mais de uma interpretação correta ao cabo do processo interpretativo de clarificação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A teoria da solução única, se aceita, conduziria à possibilidade de substituição da decisão administrativa pela decisão judicial proferida após o controle do ato administrativo, pois, assim como nos casos de redução da discricionariedade a zero, haveria sempre uma única decisão juridicamente correta.

Tal teoria é, no entanto, juridicamente inaceitável.

Com efeito, a teoria da solução única parte da falsa premissa de que a verdade absoluta é atingível pela razão humana e pelo Direito. Nada obstante, desde a Grécia antiga, é moeda corrente na filosofia que a verdade absoluta não é apreensível pelo homem, sendo-lhe incognoscível por natureza. Conquanto não se negue a própria existência da "verdade absoluta", o que o ser humano pode fazer, em face de sua natureza limitada e falível, é descortinar alguns aspectos ou facetas da verdade e aproximar-se dela até certo ponto, sem nunca conseguir apreendê-la por inteiro.

Nesse sentido, enfatiza, com propriedade, Sérgio Guerra, secundando Sánchez Morón:

> "*Nem sempre* é factível assegurar com total exatidão qual seria a única solução justa, fato este que está exigindo que os juízes resolvam essa dúvida sob seus próprios valores. Assim, prevalecendo a tese de que existe apenas uma solução justa na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, ter-se-ia que apoiar essa idéia em *um conceito transcendental de justiça (e de verdade) e em uma fé absoluta na possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação*. [...]
>
> Parece ser acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa somente poderá existir num plano da filosofia pura, não se sustentando diante de *todos* os casos concretos" (MORÓN, 1994 apud GUERRA, 2006 p. 881-884, grifo nosso).

Dessarte, é possível que, *em alguns casos específicos*, se possa chegar, *com um razoável grau de certeza*, à conclusão de que só existe uma única solução justa, mas não se pode obumbrar o fato de que em inúmeros casos remanescerá mais de uma solução justa. De qualquer sorte, ao eliminar várias soluções inadmissíveis, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados já reduz o grau de discricionariedade e restringe o mérito administrativo.

Por outro lado, a denominada *constitucionalização do direito administrativo* é o fator que mais tem contribuído para a redução da discricionariedade e do mérito administrativo.

De feito, a constitucionalização do direito administrativo, que no Brasil adquiriu força com o advento da CF/88, veio a propiciar um

considerável incremento no controle judicial dos atos discricionários por variegadas razões, assinaladamente por viabilizar o controle jurisdicional com fulcro nos princípios e valores constitucionais, explícitos ou implícitos.

Na sua pioneira tese de titularidade[5], Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendeu com brilho a possibilidade de controle jurisdicional com esteio não apenas na legalidade em sentido estrito, mas também nos princípios e valores constitucionais, explícitos ou inexplícitos, designadamente os princípios da moralidade, razoabilidade, supremacia do interesse público, além dos princípios gerais de direito.

Uma das principais consequências da constitucionalização do direito administrativo foi justamente a ampliação do conceito de legalidade, a qual passa a compreender a lei formal e esses princípios e valores constitucionais, explícitos ou inexplícitos, bem como atos normativos do Executivo e do Legislativo que não se subsumem ao conceito de lei formal (legalidade *lato sensu* ou "bloco de legalidade").

O controle judicial se expande, pois já não se adstringe à mera legalidade *stricto sensu*, abrangendo todo o direito (controle de *juridicidade,* de legalidade *lato sensu*). Portanto, o "Estado *Legal*" é sucedido pelo Estado *de Direito*, revalorizando-se o conteúdo *material* da lei, ou seja, o seu aspecto *axiológico, ético, justo*, que havia sido menosprezado pelo juspositivismo mais radical. A ideia de vinculação *negativa* à lei ("a Administração pode fazer tudo o que não é proibido pela lei"), típica do liberalismo, é substituída pela noção de vinculação *positiva* à lei ("a Administração só pode fazer o que é permitido pela lei") e a discricionariedade já não é vista como poder *político*, como no Estado de Polícia, senão como poder *jurídico*, balizado pelo Direito. O controle judicial já não é meramente *formal*, porquanto leva em consideração os aspectos *materiais* de justiça e ética positivados nos princípios constitucionais, explícitos e implícitos.

É bem de ver que o controle judicial dos atos discricionários se expande não só pela positivação de novos princípios e valores constitucionais, senão também pela *releitura* dos princípios e valores constitucionais já positivados.

Nessa linha, postula-se a *aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais* e o reconhecimento de uma *eficácia mínima às normas constitucionais assecuratórias dos direitos fundamentais*, com a consequente possibilidade de judicialização dos direitos subjetivos delas emanados. Mesmo na hipótese de normas de eficácia contida ou limitada, há que

---

[5] Numa época (1990) em que os princípios constitucionais plasmados na CF/88 eram frequentemente encarados como meramente normas programáticas, carecedoras de intermediação legislativa para ser aplicadas, a autora já advogava a possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários com base neles.

reconhecer um mínimo de eficácia a esses princípios constitucionais. Essa *reinterpretação* acerca da efetividade dos princípios constitucionais acarreta uma sensível diminuição da discricionariedade.

Na lapidar expressão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 42),

> "outro fator que contribuiu para essa redução [da discricionariedade]: *a superação da ideia de que o capítulo da ordem social da Constituição é constituído apenas por normas programáticas, dependentes, para sua aplicação, de medidas legislativas e administrativas*. Os direitos sociais foram inseridos no Título dos direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, o artigo 6º inclui a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. *Em consequência, o dever do Estado de garantir tais direitos não pode ficar indefinidamente dependendo de leis e providências administrativas. Daí o entendimento de que as normas constitucionais que garantem esses direitos têm que ter um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição*. Esse é outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: a concretização dos direitos sociais deixou de depender inteiramente do direito administrativo (leis e atos administrativos), podendo ser garantida por decisões judiciais tomadas em casos concretos."

Nessa linha, verifica-se atualmente uma intensificação do controle judicial das omissões estatais e das políticas públicas, migrando do original *passivismo* ao *ativismo*. O Judiciário assume assim um *protagonismo* decorrente da necessidade de dar concreção aos direitos sociais, agora visualizados como derivantes de normas constitucionais cogentes, diante de omissões prolongadas e antijurídicas da Administração Pública. Nesse sentido, confira-se:

> "ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – *CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO* – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. [...]
>
> 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. *Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.*
>
> 4. *Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamen-*

tais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

Nessa ordem de ideias, com apoio da doutrina lusa, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português aplica o denominado "princípio da vedação de retrocesso social" ou da "não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais".

Na dicção de Cristina Queiroz (2006, p. 116-117, grifo nosso):

"Uma vez consagradas legalmente as 'prestações sociais', o legislador [e o administrador] não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social [...], a acção do Estado, que se consubstanciava num dever de legislar, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei. [...] O que resulta protegido não é o direito '*qua tale*', mas a '*situação normativa*', isto é o direito enquanto aplicado a uma dada situação concreta de vida."

Tal princípio vem sendo invocado em algumas decisões recentes do STF, máxime no tocante aos lindes da discricionariedade quanto às políticas públicas. Assim, vem sendo invocado pelo STF tanto em face do legislador (para restringir-lhe a liberdade de conformação), como em face do administrador público (para limitar-lhe a discricionariedade). A título ilustrativo, confira-se:

"*A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.*

– O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

– A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. *Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.* [...]" (BRASIL, 2011, grifo nosso).

De outra parte, o princípio da segurança jurídica também vem sendo reinterpretado: passou a contemplar uma dimensão *objetiva* (estabilidade das relações sociais) e uma *subjetiva* (proteção da confiança legítima)[6]. Entrelaçados com ele estão a boa-fé objetiva e a proibição de *venire contra factum proprium,* havida como uma decorrência daquela[7]. A redução da discricionariedade também é tributária desses princípios.

Essa releitura dos princípios constitucionais, conducente à redução da discricionariedade e consequente ampliação do controle judicial, que cobrou força após a CF/88, não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Em verdade, a principal fonte de inspiração é o direito comparado. Com efeito, a ideia de sujeição da Administração à "lei e ao direito" fora positivada na Lei Fundamental de Bonn em 1949 (art. 20, § 3º), tendo, ao depois, sido incorporada às Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978). No direito francês, também se acentua essa "*soumission au droit*". O direito comunitário europeu também tem influído nessa releitura dos princípios, incluidamente no pertencente ao direito interno dos países da União Europeia, como tem ocorrido no direito inglês com o princípio da razoabilidade. Senão, vejamos.

À diferença do princípio da proporcionalidade, cujos elementos foram notavelmente desenvolvidos pelo *Bundesverfassungsgericht*

[6] "A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjetiva*. A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza *subjetiva*, concerne à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação." (SILVA, 2008, p. 540).

[7] "PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO – PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DO MANDAMUS – INEXISTÊNCIA – *IMPERATIVOS DE BOA-FÉ OBJETIVA – APLICABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA* – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – INAPLICABILIDADE AO CASO – PROPOSIÇÃO DE LEI QUE TRATA DE EXTINÇÃO DE DELEGAÇÃO – COMPETENTE O PODER LEGISLATIVO – TEORIA DA CAUSA MADURA – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO – FINALIDADE PÚBLICA DA DELEGAÇÃO – APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA ENSEJA A EXTINÇÃO DA DELEGAÇÃO.

1. Não há perda de objeto em mandado de segurança quando a Administração Pública, por meio de autoridade incompetente, edita ato administrativo e, depois, a autoridade competente o ratifica. A alegação de perda de objeto, neste caso, é "*venire contra factum proprium*", *conduta vedada ao agente público em face do princípio da boa-fé objetiva na seara pública, na forma do inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/99* [...] (BRASIL, 2009b).

(Tribunal Constitucional alemão) após a 2ª Guerra Mundial, o princípio da razoabilidade floresceu e desenvolveu-se no sistema da *Common Law*.

Contudo, nesse sistema alude-se não ao princípio da razoabilidade, mas ao da *irrazoabilidade* (*unreasonableness*), embora não haja referência ao princípio da *desproporcionalidade*, mas apenas ao da proporcionalidade (*proportionality*).

Tal fato já diz algo sobre o papel desempenhado pelo princípio da irrazoabilidade no sistema da *Common Law*: trata-se de um instrumento para controlar a *absurdez* da lei e da atividade administrativa sob o prisma eminentemente *negativo*, ou seja, o controle judicial com base no princípio da irrazoabilidade cingir-se-ia a declarar a nulidade de ato legal ou administrativo *manifestamente* absurdo, irrazoável (*unreasonable*).

Essa concepção restritiva do controle judicial com base na razoabilidade alcançou sua máxima expressão no julgamento do caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, mais conhecido como "*Wednesbury case*", realizado em 1948 pelo Tribunal de Apelação britânico.

Nesse histórico julgamento, o Presidente do Tribunal (*Master of the Rolls*), *Lord* Greene, assentou as seguintes premissas:

> "It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word "unreasonable" in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. *He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting unreasonably*. *Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*. Warrington L.J. in *Short v. Poole Corporation* [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. *That is unreasonable in one sense8. In another sense it is taking into consideration extraneous matters*. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another" (GREENE, s.d. apud WIKIPEDIA, 2014).

---

[8] Esse exemplo de irrazoabilidade mencionado por *Lord* Greene da professora demitida por ter cabelo vermelho evidencia a estreita relação da razoabilidade com o princípio da *isonomia*: a utilização de *elementos impertinentes* como critério de discrímen na aplicação do princípio da isonomia material ("tratar desigualmente os desiguais") é irrazoável em face do vício de raciocínio consistente na *falta de correlação lógica* entre o critério eleito e o fim visado, sendo, pois, ofensiva ao princípio da razoabilidade. Portanto, os princípios da razoabilidade e da isonomia *complementam-se*.

Destarte, para Lord Greene, há três sentidos para irrazoabilidade: (a) levar em consideração elementos estranhos ao caso, (b) deixar de considerar os elementos relevantes para a solução do caso e (c) comportar-se de maneira que nenhuma outra autoridade pública se comportaria, isto é, de modo tão absurdo e irrazoável que convizinhasse da má-fé.

Desde então, tais premissas ficaram conhecidas como a "irrazoabilidade de *Wednesbury*" ("*Wednesbury unreasonableness*") e passaram a servir de referência obrigatória para os julgados posteriores, legitimando o "*Wednesbury test*". Todavia, hodiernamente[9] há uma forte tendência de abandono[10] do conceito restritivo de irrazoabilidade perfilhado no caso *Wednesbury*, nomeadamente na terceira premissa (segundo a qual irrazoável é a conduta que nenhuma outra autoridade pública adotaria, salvo se estivesse de má-fé).

É que, a prevalecer a concepção de irrazoabilidade plasmada no caso *Wednesbury*, o próprio princípio britânico da irrazoabilidade corre o sério risco de ser relegado a oblívio, pela sua reduzidíssima utilidade (só serviria para controlar atos *extremamente irrazoáveis*) e pela inevitável e crescente utilização do princípio da proporcionalidade no direito inglês, em virtude da integração, ainda que parcial, do Reino Unido à União Europeia, onde o princípio da proporcionalidade é intensamente aplicado[11].

Por fim, por influência alemã (Claus-Wilhelm Canaris), o princípio da proporcionalidade vem sendo invocado em decisões do STF não apenas no sentido de proibição de excesso, mas, talqualmente, no de proibição de insuficiência[12] (*Untermaßverbot*), o que amplia o seu alcance e, conseguintemente, importa na redução da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade administrativa.

4. Razoabilidade e proporcionalidade como conceitos jurídicos indeterminados: limites imanentes ao controle judicial com base nesses princípios

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade[13] não são capazes de levar o intérprete/aplicador, *em todos os casos*, a uma única solução justa. *Em alguns casos extraordinários*, poderão fazê-lo, mas, na maioria dos casos, tal

[9] Nomeadamente após o *Human Rights Act* (1998).

[10] Segundo Paul Craig, o precedente *Wednesbury* às vezes chega a ser distorcido para não se admitir sua superação por amor ao sistema de vinculação aos precedentes (*binding precedents system*) vigente no regime da *Commom Law*. A insatisfação com a excessiva estreiteza do conceito de irrazoabilidade cristalizado no caso *Wednesbury* é bem retratada nesta passagem de *Lord* Cooke: "And I think that the day will come when it will be more widely recognised that *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 was an *unfortunately retrogressive decision in English administrative law*, insofar as it suggested that there are degrees of unreasonableness *and that only a very extreme degree can bring an administrative decision within the legitimate scope of judicial invalidation*. The depth of judicial review and the deference due to administrative discretion vary with the subject matter. It may well be, however, that the law can never be satisfied in any administrative field merely by a finding that the decision under review is not capricious or absurd." (COOKE, s.d. apud LE SEUR, 2005, grfio nosso).

[11] Embora ainda haja certa resistência ao emprego do princípio da *proporcionalidade* pelas Cortes britânicas, há uma nítida evolução no sentido de aplicá-lo *também* aos casos em que não estejam envolvidas normas comunitárias européias, mas apenas a *domestic law*.

[12] "[...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, *uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)* –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...]" (BRASIL, 2012a).

[13] Os demais princípios constitucionais (isonomia, moralidade, eficiência, etc.) ou legais também não são hábeis a tanto.

não ocorre, até mesmo porque *a proporcionalidade e a razoabilidade também são conceitos jurídicos indeterminados*[14].

À semelhança do princípio da proporcionalidade, é possível, portanto, falar em *maior ou menor cumprimento* do princípio da razoabilidade: *entre os meios considerados razoáveis* (que atendem o princípio da razoabilidade), é factível, ao menos em tese, identificar *meios mais razoáveis* do que outros (que concretizam e atendem melhor o princípio da razoabilidade). Embora se possa afirmar que o princípio da razoabilidade é cumprido (meio *razoável*) ou não o é (meio *irrazoável*), não há negar a existência de meios *mais ou menos razoáveis* dentro da primeira categoria (de meios *razoáveis*).

Outrossim, é igualmente imperioso reconhecer a existência de uma *zona de razoabilidade* (área de certeza positiva), de uma *zona de irrazoabilidade* (área de certeza negativa) e de uma *zona intermediária* (área de incerteza), conforme gráfico em apêndice.

Há casos em que se poderá ter *certeza* de que o princípio da razoabilidade está sendo *observado (zona de razoabilidade)*, há casos em que se poderá ter certeza de que o princípio da razoabilidade *não está sendo cumprido* (*zona de irrazoabilidade*) e há casos em que *não há como ter certeza* de que o princípio da razoabilidade está ou não sendo obedecido satisfatoriamente (*zona intermédia*).

Conquanto a proporcionalidade e a razoabilidade sejam, elas mesmas, conceitos jurídicos indeterminados, ambas atuam na *interpretação* desses conceitos e na *redução da indeterminação* (imprecisão, vagueza, ambiguidade) que caracteriza os conceitos jurídicos determinados.

Com efeito, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade excluem as interpretações irrazoáveis e desproporcionais, estreitando, dessarte, o "halo conceitual" (zona de incerteza) que envolve tais conceitos indeterminados e colaborando para a redução do grau de indeterminação desses conceitos.

De fato, a plurivocidade interpretativa ocorre, só e unicamente, entre interpretações razoáveis e proporcionais: não há possibilidade de escolha entre interpretações razoáveis e proporcionais e interpretações irrazoáveis

---

[14] Com absoluta propriedade, pontifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "É curioso que o *princípio da razoabilidade*, embora considerado como limite à discricionariedade, quer do legislador quer do administrador público, *encerra, ele mesmo, um conceito indeterminado*, uma vez que *não há critérios objetivos* que permitam diferenciar uma lei ou ato administrativo razoável de uma lei ou ato administrativo irrazoável. É certo, no entanto, que, em pontos extremos, é possível afirmar-se o que constitui medida razoável ou não; mas em uma faixa intermediária, permanece uma zona cinzenta, de incerteza, em que a mesma conclusão não é possível. Vale dizer que *a mesma imprecisão e flexibilidade que existe nos chamados conceitos legais indeterminados*, utilizados pelo legislador, dificultando a demarcação dos confins da discricionariedade administrativa, *está presente no princípio da razoabilidade*." (DI PIETRO, 2012, p. 192, grifo nosso).

e desproporcionais. Assim, ao reduzir o leque de interpretações possíveis, por meio da exclusão das interpretações irrazoáveis e desproporcionais, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade restringem o grau de indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A existência dessas três zonas suscita uma relevante questão: como o Poder Judiciário deve agir quando instado a sindicar a infringência à proporcionalidade e/ou à razoabilidade quando o ato impugnado se insere dentro da zona intermediária de incerteza? Antolha-se-nos que deve prestigiar a escolha administrativa ou legislativa diante da ausência de parâmetros *empíricos* e *jurídicos* seguros de controle, bem como em atenção ao princípio da separação de Poderes, e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos e à presunção de constitucionalidade das leis.

Se não há parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, a invalidação do ato implicaria a mera *substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz*. Nessas circunstâncias específicas, não há nenhuma garantia de que a decisão judicial seja *qualitativamente superior* à do administrador.

Havendo, portanto, um "desacordo moral razoável"[15], deve ser prestigiada a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador. Consoante adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 145), "o Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa".

Conquanto seja absolutamente excepcional a redução a zero da discricionariedade administrativa por força dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há negar que estes podem reduzi-la significativamente. De fato, até mesmo a conveniência e a oportunidade do ato administrativo (mérito) submetem-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contemporaneamente, assim como já não se pode falar em mera "reserva legal", que foi substituída pela "reserva legal proporcional e razoável"[16], também já não se pode falar em mera "conveniência e oportunidade", mas em "*conveniência e oportunidade proporcionais e razoáveis*", porquanto o juízo irrazoável ou desproporcional de conveniência ou de oportunidade é *inconstitucional*.

Dessarte, todos os aspectos do ato administrativo, incluidamente os juízos de *conveniência* e de *oportunidade* que compõem o "mérito" do ato discricionário, devem passar pelos *testes da proporcionalidade e da razoabilidade*.

5. Controle do mérito: juízo cognitivo e juízo decisório

Preambularmente, cumpre observar que as expressões "controle do mérito", "sindicabilidade do mérito", "revisão do mérito" possuem duas acepções distintas. Num sentido mais

[15] "9. *O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.o, da Constituição Federal*" (BRASIL, 2012b).

[16] A reserva de lei, determinada pelo princípio da reserva legal, ao receber o influxo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, transmuda-se em *reserva de lei proporcional e razoável*, pois não basta que a matéria seja versada exclusivamente por meio de lei: *é indispensável que esta lei seja proporcional e razoável*, sob pena de inconstitucionalidade. Nesse diapasão: "Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)" (MENDES, 2001, grifo do autor). Ver STUMM, 1995, p. 108-110.

restrito, significariam mera análise do mérito (juízo cognitivo). Numa acepção mais lata, abrangeriam tanto a "análise do mérito" (juízo cognitivo) como a atividade decisória de anulação, invalidação ou modificação do mérito do ato administrativo (juízo cognitivo + decisório).

Com efeito, os tratadistas, de modo geral, tanto os nacionais como os estrangeiros, soem empregar os termos "sindicar", "controlar", "fiscalizar", "apreciar", "rever", "revisar", "examinar", "investigar" e termos quejandos em relação ao ato administrativo, especialmente no que toca ao mérito administrativo, como sinônimos de "anular", "declarar a nulidade", "invalidar", "corrigir", "substituir", "modificar", "alterar". A jurisprudência pátria também procede a essa associação.

Todavia, numa acepção mais restrita e literal, "apreciar" um ato administrativo não é o mesmo que "anular" esse ato. Da "apreciação" do ato administrativo pode resultar, *ou não*, a sua "anulação": a anulação do ato é uma possível consequência da atividade de "apreciação".

Da mesma forma, numa acepção *mais restrita*, "controlar" judicialmente o ato administrativo não equivale a "invalidá-lo", nem a "corrigir-lhe" os eventuais defeitos: "controlar" judicialmente o ato administrativo é simplesmente *analisá-lo*, *perscrutá-lo*, *examiná-lo* judicialmente. Como *decorrência* desse *controle*, poderá, *eventualmente*, advir a anulação, a correção, a substituição, ou a modificação do ato administrativo.

A atividade *decisória* é *qualitativamente diversa* e necessariamente *posterior* à atividade *cognitiva*. "Anular", "declarar a nulidade", "invalidar", "corrigir", "substituir", "modificar", "alterar" são atividades de natureza *decisória* que podem, *ou não*, subseguir-se à "análise", ao "estudo", à "apreciação" do ato administrativo. Se, após o "controle" do ato administrativo (no sentido de atividade *de cognição*), o juiz não encontrar nenhum vício a maculá-lo, não haverá "anulação", "substituição" ou "correção" a ser determinada; se, ao revés, depois de "sindicar" o ato administrativo, o juiz deparar algum vício no ato, poderá então "anulá-lo", "substituí-lo", "corrigi-lo" (atividade *decisória*).

A essa luz, quando se diz que o "mérito do ato administrativo é *insindicável* pelo Poder Judiciário", quer-se significar, no mais das vezes, que o mérito do ato não pode ser *substituído* pelo juiz, isto é, que o juiz não pode substituir o juízo de mérito do administrador (juízo de conveniência e oportunidade) pelo seu próprio juízo de mérito (atividade *decisória*).

Contudo, tal expressão não pode jamais significar que o mérito do ato administrativo não possa ser *analisado*, *apreciado*, *investigado*, *examinado* judicialmente (atividade *meramente cognitiva*). *Nenhum aspecto* do ato administrativo, discricionário ou vinculado, escapa ao *controle* judicial: até mesmo o *mérito* do ato administrativo discricionário (*conveniência* e *oportunidade*) está sujeito ao controle, à apreciação, à sindicância, ao exame judicial (atividade *meramente cognitiva*). A *cognição judicial* sobre o ato administrativo, no sistema jurídico-positivo brasileiro, é a *mais ampla possível*: incide sobre *todos os aspectos* do ato administrativo, *sem exceção*. Ademais, não há atos administrativos, que, por sua natureza, sejam insuscetíveis de controle, de exame, de apreciação, pelo Poder Judiciário.

Com efeito, em nosso sistema, *por imposição constitucional*, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poder ser subtraída da *apreciação* judicial: "A lei não excluirá da *apreciação* do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", reza a Constituição no art. 5º, XXXV, estatuindo o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário. Assim sendo, todos os aspectos do ato administrativo podem e devem ser *apreciados* pelo Judiciário (atividade *cognitiva*), o que não

implica dizer que o Judiciário esteja autorizado a corrigir, emendar, substituir ou anular todos esses aspectos (atividade *decisória reformadora*).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade impõem a análise de *todos os aspectos* do ato administrativo, pois nenhum desses aspectos pode subsistir validamente se ultrapassar as fronteiras da proporcionalidade e da razoabilidade: tais princípios constitucionais aplicam-se a *toda* a atividade administrativa.

Consoante já salientado, até mesmo a conveniência e a oportunidade do ato administrativo (mérito) submetem-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contemporaneamente, assim como já não se pode falar em mera "reserva legal", que foi substituída pela "reserva legal proporcional e razoável", também já não se pode falar em mera "conveniência e oportunidade", mas em "*conveniência e oportunidade proporcionais e razoáveis*", porquanto o juízo irrazoável ou desproporcional de conveniência ou de oportunidade é *inconstitucional*.

Dessarte, todos os aspectos do ato administrativo, incluidamente os juízos de *conveniência* e de *oportunidade* que compõem o "mérito" do ato discricionário, devem passar pelos *testes da proporcionalidade e da razoabilidade*.

Na prática, é o que, às vezes irrefletidamente, costuma fazer o julgador, embora afirme, ao final da análise *global* de todos os aspectos do ato administrativo, que não pode "sindicar" a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, visto que o mérito deste é "insindicável" pelo Judiciário.

Com efeito, só depois de uma análise *global, completa e irrestrita* de todos os aspectos do ato administrativo (inclusivamente a conveniência e a oportunidade) é que o juiz pode afirmar se o ato é, ou não é, razoável e proporcional, e, por conseguinte, o que pode e o que não pode modificar no ato administrativo. Como se poderia afirmar que o mérito do ato é "insindicável" pelo Judiciário, que o controle da razoabilidade e da proporcionalidade não incide sobre o mérito (conveniência e oportunidade) se o juiz tem de examinar, *primeiro*, *o ato como um todo* para, *só então*, dizer se ele é, ou não, proporcional e razoável[17]?

---

[17] Esse vício lógico (ou terminológico) aparece bem evidente na seguinte ementa de recente acórdão do STF: "MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. [...]. 2. *Esta Suprema Corte somente admite o EXAME jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente*. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. [...]" (BRASIL, 2007, grifo nosso). No caso, como poderia o STF concluir pela "evidente ausência" dos pressupostos de relevância e urgência da MP sem antes "examinar" se estão ou não presentes? O "exame jurisdicional" acerca da existência ou não desses pressupostos é que pode conduzir à conclusão sobre a sua existência ou inexistência, e não o contrário, pois não se pode concluir, sem *antes* examinar.

Portanto, o juiz tem de analisar todos os aspectos do ato discricionário (incluindo o mérito) para verificar se a Administração exorbitou ou não dos limites da discricionariedade conferida pelo ordenamento jurídico. Daí a afirmação de que "a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação".

Na expressão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 134, grifo nosso):

> "É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública. *Verificada essa conformidade, a escolha feita pela Administração insere-se no campo do mérito. O que não pode mais o Judiciário fazer é alegar, a priori, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial.* O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. *Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública.* A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas."

O mérito do ato administrativo discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) é *integralmente sindicável*, *analisável* (no sentido de *cognoscível*) pelo Judiciário. Todavia, se se adota o conceito de mérito como juízo de conveniência e oportunidade razoável, proporcional, moral, etc. (ou seja, mérito como juízo de conveniência e oportunidade *que não vulnera nenhuma regra ou princípio, que não extrapola os limites da discricionariedade)*, o mérito não será, *por definição mesmo*, passível de anulação, correção ou substituição pelo Judiciário (atividade *decisória reformadora*).

Não há, pois, no ato administrativo discricionário um *núcleo incognoscível pelo Judiciário*: o que há é um *núcleo imodificável pelo Judiciário*, a saber, aquele *núcleo* que não tenha desbordado dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade (núcleo proporcional e razoável) e das demais normas aplicáveis.

Não é outra a conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 134, grifo nosso):

> "A conclusão única possível é a de que o Judiciário pode *examinar o mérito do ato administrativo*. No entanto, o que não é possível é o Judiciário *substituir* a *decisão discricionária adotada validamente*. Ele está limitado pela legalidade em sentido amplo, abrangendo não só os atos normativos, como também os princípios e valores adotados de forma expressa ou implícita pela Constituição."

Assim, o juízo administrativo de oportunidade e conveniência será, em primeiro lugar, *amplamente* sindicado, analisado, perquirido (juízo *cognitivo*) pelo magistrado à luz das normas jurídicas, designadamente dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; em seguida, verificando o magistrado que o juízo administrativo de conveniência e oportunidade se conteve dentro dos lindes da razoabilidade, da proporcionalidade e das demais normas incidentes, *manterá a higidez desse juízo*, declarando que *não pode anulá-lo, corrigi-lo ou substituí-lo* porque legitimamente exercido pela Administração, caso em que julgará *improcedente* o pedido de anulação, correção ou substituição (*com* resolução do mérito processual), em vez de extinguir o processo *sem* resolução do mérito processual por *impossibilidade jurídica do pedido*.

6. Conclusão

À luz do exposto, dessume-se que subsiste o conceito de mérito administrativo *como limite negativo ao controle judicial, ou seja, como um núcleo cognoscível, mas imodificável pelo Judiciário*.

Apesar de ter experimentado uma significativa redução após a CF/88, em virtude do incremento dos parâmetros de controle judicial, designadamente em razão da constitucionalização de novos princípios e da subsequente *releitura* jurisprudencial-doutrinária de vários princípios constitucionais, o conceito de mérito do ato administrativo sobrevive.

Além de juridicamente insustentável, a eliminação do conceito de mérito administrativo é *faticamente inviável*, visto que o legislador não é dotado de onisciência que o habilite a prever todas as situações possíveis de ocorrer, nem, ainda que isso fosse factível, a linguagem humana é tão precisa que possa abranger num único enunciado todas as possíveis exceções à regra que intenta estabelecer. Cabe, pois, à Administração amoldar o comando genérico e abstrato da lei às peculiaridades do caso concreto, sobretudo em face dos novos desafios e das novas exigências de um mundo globalizado em acelerada mutação.

Com efeito, qualquer leguleio, e até mesmo um computador, é capaz de fazer uma operação simples de subsunção de uma situação fática a uma situação prevista normativamente, mas a complexidade da vida moderna exige muito mais do administrador público para que cumpra sua missão constitucional de consecução do interesse público[18].

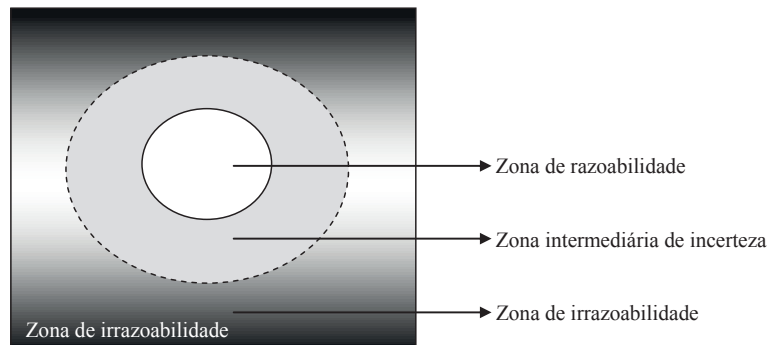
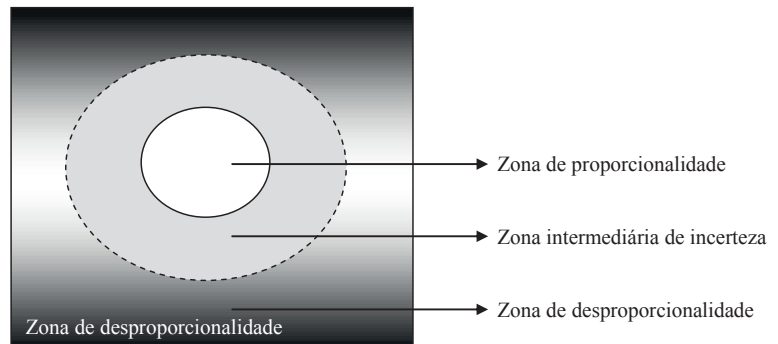
Ademais, o conceito de mérito preserva sua *utilidade* porquanto serve para delimitar aquela zona de discricionariedade, conferida pelo ordenamento jurídico à Administração, insuscetível de modificação pelo Judiciário, mesmo após o contraste de todos os aspectos do ato administrativo com os parâmetros normativos existentes.

Todavia, o conceito de mérito não pode ser manipulado, seja pela Administração, seja pelo Judiciário, para o fim de subtrair da apreciação judicial atos contravenientes ao "bloco de legalidade", sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88. A *jurisprudência defensiva* de antanho, muitas vezes preocupada com a possibilidade de assoberbamento processual, deve ser completamente superada, preservando-se, porém, o autêntico mérito do ato administrativo de interferências judiciais indevidas. Assim, também deve ser evitada a manipulação de conceitos como o de "núcleo essencial do direito fundamental" (o qual, *em tese*, corresponderia à zona de *certeza* do conceito do direito fundamental em questão) para justificar uma intervenção judicial indevida no mérito das políticas públicas.

---

[18] "O que ocorreu foi uma *sensível redução do mérito do ato administrativo*. Aspectos que eram considerados de mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo. Será que, com isto, *deixou de existir uma esfera que possa ser reconhecida como de mérito do ato administrativo*? *Será que nada restou de opção discricionária para a Administração Pública*? A resposta a ambas as perguntas só pode ser negativa, *sob pena de transformar-se a Administração Pública em mero robô de aplicação da lei e ter-se de concluir que a separação de poderes foi abolida do direito brasileiro*, não obstante sua previsão constitucional" (DI PIETRO, 2012, p. 135, grifo nosso).

De feito, se não há parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, a invalidação do ato implicaria a mera *substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz*. Nessas circunstâncias específicas, não há nenhuma garantia de que a decisão judicial seja *qualitativamente superior* à do administrador, pelo que deve ser prestigiada a escolha administrativa em atenção ao princípio da separação de Poderes e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como, eventualmente, à presunção de constitucionalidade das leis em que se lastreia o ato administrativo.

Apêndice

Referências

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffré, 1949.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, p. 67-79, jul./set. 1999.

______.Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 11-46, set. 2000.

______. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p. 3 reimpressão.

______. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de "razonable". *Doxa*, n. 4, 1987. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338341924540495698802/cuaderno4/Doxa4_13.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

______. Sobre lo razonable en el Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 9, n. 27, p. 93-110, sept./dic., 1989.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 176 p.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. 249 p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

______. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

______. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

BRASIL. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1894.

______. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21170/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJ, 11 nov. 1996. *Diário da Justiça,* Brasília, 21 fev. 1997.

______. Lei n. 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999.

______. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 2.226/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ, 16 ago. 2007. *Diário da* Justiça, 23 nov. 2007.

______. Recurso especial n. 1.041.197/MS (2008/0059830-7). Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 25 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 set. 2009a.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 29.493/MS (2009/0089419-1). Relator: Ministro Humberto Martins. DJ, 23 jun. 2009b.

______. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 set. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º set. 2011.

______. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104410/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 6 mar. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 mar. 2012a.

______. Ação declaratória de constitucionalidade n.29/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 16 fev. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 jun. 2012b.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 36.950/RO (2012/0012576-1). Relator: Ministro Castro Almeida. DJ, 16 abr. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 abr. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 1522 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1008 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons: Buenos Sires, 2009. 240 p.

CHAPUS, René. Droit administratif general. 13e ed. Paris: Montchrestien, 1999. Tome 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 296 p.

______. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 984 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. 424 p.

DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992. 1112 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *As transformações da justiça administrativa*: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? Belo Horizonte: Forum, 2010. 107 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-19, jan./mar. 1951.

______. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. Belo Horizonte: Forum, 2011. 297 p.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa*: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001. 173 p.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. 143 p.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte/Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo/Del Rey, 2003. Tomo 1.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

______. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela

(Coord.). *Direito administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 869-907.

______. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*: concretizando a democracia e os direitos fundamentais. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. 180 p.

KELSEN, Hans. La giustizia costituzionale. Milano: Giuffrè, 1981. 315 p.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15e ed. Paris: LGDj, 1999. Tome 1.

LE SUEUR, Andrew. The rise and ruin of unreasonableness? *Judical* Review, n. 10, 2005. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/judire10&div=8&g_sent=1&collection=journals>. Acesso em: 24 set. 2014.

LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. 435 p.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 101, p. 193-233, mar. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 936 p.

______. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. 327 p.

______. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor-IBDC, 1999. 518 p.

______. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001.

MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. 488 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004a. 863 p.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004b.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*. Paris: Economica, 1990. 541 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 341p.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 159 p.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13e ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992. 160 p. (Collection Clefs/Politique)

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Roberto Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 35-98, 2001.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, José de Faria; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). *Ars ivdicandi*: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, v. 3, 2008, p. 540-593.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo*: i principi. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.

WIKIPEDIA, The free encyclopedia. *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*. [14 may 2014]. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Associated_Provincial_Picture_Houses_v_Wednesbury_Corporation&oldid=608516723>. Acesso em: 24 set. 2014.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 107 p.

Colisão de normas

Distinção entre ponderação e juízo de adequação

FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA

Sumário

Introdução

O presente artigo tem como foco central examinar os conflitos de direitos fundamentais veiculados por normas jurídicas principiológicas e expor as distintas teorias – especialmente aquelas apresentadas por Robert Alexy (2008) e Klaus Günther (1993) – que buscam explicar o fenômeno e fornecer ferramentas teóricas para seu equacionamento.

As normas de direitos fundamentais, é recorrente dizer, podem ser expressas por enunciados normativos que contemplam regras ou princípios. Parte-se aqui do pressuposto – há muito assentado na literatura sobre o tema – de que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica[1], mas com diferenças que impactam a forma como se dá a sua

Fernando José Gonçalves Acunha é advogado. Doutorando e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

[1] Entendidos os "princípios em sentido estrito", tratados por Dworkin (1978, p. 22, tradução nossa), não englobadas as "políticas", espécies dos "princípios em sentido amplo", mas que não veiculam comandos de dever ser. Veja-se: "Eu acabo de falar de 'princípios, políticas e outras espécies de padrões'. Geralmente, eu usarei o termo 'princípio' genericamente, para referir-me a um conjunto integral de padrões diversos das regras; ocasionalmente, no entanto, eu serei mais preciso e distinguirei entre princípios e políticas. (...) Eu chamo de 'política' aquela espécie de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (apesar de que alguns objetivos são negativos, no sentido de que estabelecem que algum aspecto atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Chamo de 'princípio' um padrão que deve ser observado não porque ele ajudará a realizar ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque se trata de uma exigência de justiça ou certeza do direito ou alguma outra dimensão da moralidade" (tradução livre de: "I just spoke of

aplicação e, o que é de especial interesse para o objeto aqui discutido, os métodos de resolução de seu conflito quando o aplicador do direito se depara com uma situação em que normas com comandos contraditórios são aplicáveis, de forma simultânea, a uma mesma situação. Exemplos não faltam na jurisprudência brasileira – discutida a título exemplificativo no artigo, dada a larga prevalência da teoria axiológica de Alexy (2008) no trato da questão – de que a adoção de uma das perspectivas teóricas aqui examinadas impacta decisivamente a forma de resposta que o Judiciário dá aos casos de conflitos de normas principiológicas.

Neste estudo, buscar-se-á expor brevemente os critérios concorrentes utilizados para a diferenciação entre regras e princípios, assim como apresentar os métodos diversos preconizados pelas teorias de Alexy (2008) e Günther (1993) para a solução dos conflitos originados pela possibilidade de aplicação concomitante de princípios que, no caso concreto, indicam soluções contraditórias ao intérprete.

Ao final, a partir dos dados expostos, pretende-se demonstrar que o método da *ponderação* – chamado por Alexy (2008, p. 93-94) de *sopesamento* – não oferece uma resposta satisfatória para explicar a tarefa interpretativa realizada pelo aplicador quando identifica a norma de regência, de sorte que a defesa procedimentalista de Günther (1993) da separação dos discursos práticos sobre normas em discursos de fundamentação e de aplicação, com vistas a possibilitar o *juízo de adequação normativa* (ou, noutros termos, a identificação da *norma adequada para o caso*) seria a ferramenta correta para o tema.

1. A teoria do sopesamento (ou ponderação) de Alexy: exposição e crítica

Não são poucos os critérios que distintos autores usam para separar regras de princípios. Alexy (2008, p. 90-91) vale-se de um critério por ele explicado nos seguintes termos:

> "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
>
> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio."

A diferença entre regras e princípios, na teoria de Alexy (2008), estaria no plano da *estrutura* da norma. Segundo aduz, uns (princípios) admitem cumprimento em graus diversos; outras (regras) devem ser cumpridas de forma direta, desde que demonstrado que a circunstância concreta está sob sua hipótese de incidência.

'principles, policies, and other sorts of standards'. Most often I shall use the term 'principle' generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. (…) I call a 'policy' that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality").

A segregação das espécies normativas fica mais bem explicitada quando se avaliam suas condições de aplicação e seus conflitos, a que nos dedicaremos adiante. Segundo argumenta Alexy (2008, p. 93), as regras conflitantes excluem-se mutuamente, ao passo que os princípios, dotados da dimensão de *peso*, permitem o que chama de *sopesamento*, em que a restrição de um princípio será tanto maior quanto mais destacada for a importância relativa do princípio contraditório.

Trata-se da necessidade de estabelecimento de relações condicionadas de precedência, que, ao final, resultam na *lei de colisão*, em que se constroem determinações definitivas de dever ser – tal qual regras jurídicas – que permitirão ao intérprete clareza na aplicação "ponderada" dos princípios contraditórios quando se verificarem certas condições (ALEXY, 2008, p. 99).

Noutros termos, pela *lei de colisão*, o exame dos princípios em jogo e da situação de aplicação permite que se encontre, indutivamente, uma regra jurídica que determina as condições por meio das quais um princípio terá precedência em relação a outro que lhe é contrário, regra essa que teria conteúdo generalizável, permitindo, portanto, que as situações futuras sejam racionalmente equacionadas pela aplicação dessa regra que é produto da operação da *lei de colisão*.

Ainda fazendo remissão às hipóteses de aplicação, Alexy (2008, p. 106) parece priorizar as regras em detrimento dos princípios, definindo aquelas como mandamentos definitivos e os últimos como razões *prima facie*, ou seja, que não definem o direito do caso concreto[2]. Esse diverso caráter que apresentam regras e princípios, para dizer com outras palavras, indica que aquilo que os princípios determinam para um caso pode não ser o que efetivamente (definitivamente) será aplicado para a sua regulação – visto que se submetem à ponderação com princípios opostos e elementos da realidade –; de outra sorte, para essa teoria, as regras veiculam mandamentos que – sendo a regra válida, e encontrando-se o caso sob o seu suposto de fato –, em geral, são aplicados integralmente. Assim, as regras atribuem direitos definitivos aos particulares, enquanto os princípios lhes atribuem apenas direitos *prima facie*.

Essas diferenças estruturais repercutem diretamente sobre as hipóteses de composição dos casos de conflito. No caso do *conflito de regras*, a ênfase é na exclusão mútua que duas regras contraditórias produzem uma na outra; em caso de conflito, a questão é resolvida por uma cláusula de exceção, ou pela adoção de algum critério que soluciona antinomias

[2] "As reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*" (ALEXY, 2008, p. 106).

(especialidade, temporalidade, entre outros). Ao final, caso o conflito não seja apenas aparente, e as regras sejam efetivamente contraditórias, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras incidentes sobre a situação (ALEXY, 2008, p. 92-93).

A *colisão de princípios*, por sua vez, permite que se fuja à lógica da invalidade, sendo resolvida pela aplicação da *lei de colisão*, na qual se determina que princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato (ALEXY, 2008, p. 95). A partir do princípio de maior peso (ou precedente), extrai-se, por uma operação lógico-hermenêutica, uma regra que vai decidir a situação[3].

As teses principais dessa teoria são sistematizadas por Canotilho (2003, p. 1161-1162):

> "Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou '*standards*' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)."

Explicaremos de forma mais pormenorizada, centrando nossa atenção na operação dos princípios. Como *mandamentos de otimização*, eles apenas permitirão a formulação de juízos concretos após passarem pelo processo de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito[4], à qual se somam a adequação e a necessidade), em que se estabelecem as relações de preferência e em que se fixa, pela lei de colisão, o juízo definitivo do caso (que será uma regra, com tendência à generalização para todas as situações em que se "repetirem" as condições fáticas e jurídicas estudadas no momento da ponderação).

Isso é relevante: para Alexy, o que será aplicado ao caso é sempre uma *regra* (espécie normativa que ocupa papel central na teoria

[3] Alexy (2008, p. 509-511) cita o direito ao trabalho, que, garantido pelo Estado, pode conflitar tanto com a liberdade do particular, detentor dos meios de produção, de dispor de sua propriedade e organizar a sua produção da forma que melhor lhe aprouver, quanto com a própria liberdade do indivíduo, que tem o trabalho assegurado, de não querer trabalhar. Todas as três posições são posições *prima facie*, mas a norma definitiva que vai reger o caso apenas será extraída da ponderação.

[4] "Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência do sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. [...] Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas" (ALEXY, 2008, p. 117-118).

axiológica por ele proposta[5]). O processo de ponderação/sopesamento permitirá que, pelo estabelecimento das precedências condicionadas, à luz do caso, seja extraída uma regra jurídica, que terá a seguinte estrutura (ALEXY, 2008, p. 97):

(P1 P P2) C → R

Considerando-se *P1* e *P2* como princípios contraditórios, *C* como as circunstâncias de aplicação, e *P* como o vínculo de preferência de um princípio sobre outro, *R* será uma regra que é o produto da lei de colisão, e estabelecerá que, todas as vezes em que se estiver diante das condições *C*, *P1* terá precedência em relação a *P2*.

A aplicação do princípio, portanto, é feita pela extração de uma regra, a qual, para Alexy (2008, p. 98-99), tem possibilidade de generalização, já que, ainda que argumente que a relação de precedência não terá caráter absoluto, defende que essa regra pode ser extensível a todos os casos em que a condição *C* for encontrada[6].

Nas palavras do Alexy (2008, p. 108):

> "O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, estão, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas."

Essa tese encontra grande aceitação no País. Em especial, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está repleta de julgados em que a técnica decisória se valeu da aplicação de ponderação/sopesamento para que se decidisse a questão. A título de exemplo, cite-se o HC 82.424/RS (BRASIL, 2004) – caso *Ellwanger* –, em que a adoção do procedimento da *ponderação* foi expressamente defendida por julgadores como critério para a correção racional dos argumentos empregados. Como exemplo, veja-se o que escreveu o relator do acórdão, Min. Maurício Corrêa[7]:

> "E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma

[5] Sem pretender antecipar um argumento adiante trabalhado, uma leitura crítica da centralidade que as regras ocupam na teoria de Alexy é encontrada na avaliação que Carvalho Netto e Scotti (2011) fazem. De forma sintética, essa centralidade é assim retratada pelos autores: "Uma outra leitura do papel dos princípios jurídicos é feita por Robert Alexy, principal representante da teoria axiológica dos direitos fundamentais na Alemanha, com grande repercussão acadêmica e institucional no Brasil. Valendo-se da distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios, Alexy promove uma leitura dessa dicotomia como sendo inerente à *estrutura* das normas jurídicas, mantendo as regras como precedentes aos princípios na tarefa de aplicação: 'A teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras; isto é, que ela não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que *o nível das regras precede prima facie ao nível dos princípios*. O seu ponto decisivo é o de que *atrás e ao lado das regras existem princípios*.'" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 115-116, grifo do autor).

[6] "*C* é pressuposto do suporte fático de uma regra. Esse duplo caráter de *C* decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de *P1*, ou seja, do princípio estabelecido no art. 2º, § 2º, 1, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições *C* significa que a consequência jurídica que resulta de *P1* é aplicável se estiverem presentes as condições *C*. Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente" (ALEXY, 2008, p. 98-99).

[7] Trecho do voto do relator contido na p. 30 do Acórdão. Na mesma linha, o Min. Celso de Mello diz (BRASIL, 2004): "Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a *colisão* dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método – que é apropriado e racional – da *ponderação de bens e valores*..." (grifo nosso).

e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada 'concordância prática', a que se refere a doutrina." (BRASIL, 2004)

No caso, o STF estabeleceu uma *ponderação* entre os princípios supostamente incidentes na espécie, quais sejam: de um lado, a dignidade da pessoa humana (representada pela proteção ao povo judeu) e, de outro, a liberdade de expressão (representada pela proteção à livre manifestação do pensamento do paciente). Ao final da operação, decidiu-se que o direito com "prevalência" seria a dignidade da pessoa humana, cujo peso seria suficiente para caracterizar a atuação do paciente como prática do crime de racismo[8].

O caso não é excepcional, mas ilustra a posição amplamente majoritária da Corte em relação ao uso de ponderação/sopesamento. No julgamento da ADPF nº 54 (BRASIL, 2013), a Ministra Rosa Weber, a partir da p. 36 de seu voto (p. 134 do Acórdão), faz uma longa abordagem a respeito da ponderação entre a vida do feto anencéfalo e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante, para, ao final, votar juntamente com a maioria da Corte, no sentido de interpretar que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não constitui crime[9].

Outro ponto relevante para entendermos a estruturação dos princípios na teoria de Alexy (2008) é a semelhança por ele indicada entre princípios e valores[10] (o que também encontra aceitação ampla da literatura jurídica e da jurisprudência brasileira). Seu ponto de separação seria a operatividade em campos diversos, já que, ao passo em que os princípios seriam comandos deontológicos e definiriam o que é *prima facie* "devido" (convivendo com as regras, juízos definitivos de dever ser), os valores, como juízos axiológicos, definiriam aquilo que é *prima facie* "melhor" (ao lado das regras de valoração, juízos axiológicos definitivos). Mas, para além dessa diferenciação, valores e princípios seriam em tudo identificáveis, sendo possível, inclusive, dizer que algo que é "bom" será, numa conversão jurídica, também "devido"[11].

Há problemas que podem ser apontados em tal teoria, a despeito de serem respeitáveis as opiniões em contrário, largamente majoritárias

[8] Entendemos que a *ponderação* usada pelo STF se constituiu em técnica decisória deficiente. O caso resolve-se pela identificação daquilo que chamaremos adiante de "norma adequada", que protegia as vítimas do racismo. Segundo julgamos, não havia, naquelas circunstâncias, uma manifestação legítima de pensamento pelo agente, mas a disseminação de discurso odioso e discriminatório, caso em que não se pode defender o *sopesamento* de dois direitos, pois, em verdade, havia um único direito em jogo: o direito das vítimas de exigir do Estado o cumprimento de seu dever de protegê-las contra a veiculação de discursos discriminatórios. Praticando crime, não age o paciente sob o manto da liberdade de expressão, não havendo sopesamento possível.

[9] Outra vez mais, entendemos, quanto a esse caso, que não há *ponderação* a ser feita, mas a aplicação do único direito com incidência no caso, que garante os direitos reprodutivos da mãe diante da impossibilidade de prosseguimento da vida do anencéfalo. Para uma abordagem aprofundada sobre direitos reprodutivos, ver Dworkin (1992).

[10] "Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores" (ALEXY, 1988, p. 145).

[11] "O que se acabou de afirmar corresponde exatamente ao modelo de princípios. A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor, é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito, o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios" (ALEXY, 2008, p. 153).

no Brasil, em especial nos Tribunais. Começamos pela apontada semelhança entre normas e valores, que, na linha do defendido por Habermas (2004), acaba por conferir às normas a transitividade e a subjetividade características dos valores. Valores, no dizer de Habermas (2004, p. 368), dependem de nossas avaliações ético-políticas. O agradável, o belo, o melhor etc., são juízos mutáveis de acordo com os sabores do indivíduo (ou do grupo) que os articula. Se normas possuíssem essa mesma conotação, poderíamos, então, se assim nos aprouvesse, em determinado contexto, suprimir certo direito (que deveria servir, também, para proteção contra inflexões que tais) por conta de mudanças no humor político da sociedade[12]. Nesse diapasão, princípios (e direitos) perdem sua pretensão à estabilidade (e à estabilização) e tornam-se, somente, argumentos, iguais a valores e visões políticas, "ponderáveis".

Ora, o risco é enorme. Direitos devem servir como trunfos, como freios, por exemplo, contra maiorias de ocasião que queiram impor, coercitivamente, sua visão. Com direitos que, à semelhança de valores, podem ser transigidos de acordo com a situação (desde que se mude a concepção da maioria a respeito do que é "bom"), perde-se uma das garantias que o sistema oferece à estabilidade política e, especialmente, aos cidadãos. Se os valores não são lidos à luz dos direitos, ou seja, se os direitos fundamentais não se constituem em "testes" que servem para verificar a legitimidade das opções valorativas de cada um, os princípios jurídicos perdem, justamente, seu caráter deontológico e impositivo que é característico de todas as normas jurídicas[13].

---

[12] "A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que 'é bom para nós' e o que 'há de melhor' caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos" (HABERMAS, 2004, p. 368).

[13] O ponto é assim tratado por Benvindo (2010, p. 308, tradução nossa): "Depois de tudo, normas jurídicas não podem depender de 'maior ou menor' observância de seu conteúdo, dado que possuem um 'código de obrigação binário característico das expectativas normativas de comportamento' que corresponderá à obediência ou não do sujeito ao direito, e não a um dever gradual como se cada contexto pudesse dar origem a uma obrigação apenas relativa de observância da prescrição jurídica. Se subvertemos esse caráter normativo das normas jurídicas, então o direito perde seu caráter imperativo e sua prioridade sobre pontos de vista axiológicos. Não serão os valores e interesses sociais que serão traduzidos no, e determinados pelo sistema de direitos, mas ao contrário, será o sistema de direitos que será traduzido nos, e determinado pelos valores e interesses sociais. Na medida em que essa tradução ou determinação reduz a prioridade do sistema de direitos sobre pontos de vista axiológicos e, de qualquer forma, não pode ser justificado a não ser por padrões costumeiros, um sério problema de racionalidade aparece" (tradução livre do seguinte excerto: "After all, legal norms cannot rely on 'more or less' observance of their contents, given that they have a 'binarily coded obligation character of behavioral expectations' that will correspond to one's compliance or not with the law, and not a gradual duty as though each context could originate a relative obligation to the legal prescription. If we subvert this normative character of legal norms, than law loses its enforceable character and its priority over axiological points of view. It is not the values and social interests that are then translated into, and shaped by, the system of rights, but rather it is the system of rights that is translated

Ademais, na teoria axiológica, sendo possível argumentar a respeito de princípios e direitos da mesma forma como se argumenta a respeito de valores, o aplicador é reconduzido à tarefa de fundamentar normas por meio de critérios políticos, teleológicos, valorativos etc., incomuns à sua atividade, concentrando em suas mãos tarefas de justificação e de aplicação de normas.

Como veremos a seguir, Günther (1993) atribui ao aplicador a tarefa de encontrar a norma adequada ao caso, o que faz por aquilo que chama *discurso de aplicação de normas*. Essa aplicação parte de uma *justificação* já elaborada anteriormente pelas autoridades responsáveis por sua confecção, amparados, aí sim, em critérios os mais diversos e heterogêneos possíveis.

O legislador, efetivamente, *pondera* entre múltiplos critérios para a construção do direito. Mas o aplicador não o faz. Ele aplica normas – sem que, aqui, caiamos na falsa dicotomia positivista entre criação e aplicação do direito, já combatida no primeiro capítulo da obra *Law's Empire* por Dworkin (1986) – cuja validade é pressuposta pela fundamentação que lhe foi dada pelo legislador, dado que, se puder dispor de argumentos para novamente fundamentá-las, exercerá um juízo para o qual não está legitimado[14].

Benvindo (2010, p. 305-306, tradução nossa) escreve o seguinte a respeito[15]:

> "Como fatos e normas são confundidos uns com os outros por meio da ponderação – afinal, pelo pensamento integrativo de Alexy, não há necessidade prática de distinção entre fundamentação e justificação de normas – o juiz, em última instância, pode apoiar-se apenas em sua pró-

---

into, and shaped by, the values and social interests. Inasmuch as this translation or shaping undermines the priority of the system of rights over axiological viewpoints and, anyhow, cannot be justified but by customary standards, a serious problem of rationality arises").

[14] "A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma 'teologia constitucional'" (MAUS, 2000, p. 192).

[15] Tradução livre do seguinte excerto: "For facts and norms are confounded with each other by way of balancing – after all, with Alexy's integrative thinking, there is practically no need for a distinction between justification and application of norms – the judge can ultimately rely solely on her own capacity to integrate the diferente practical reasons by establishing preference relations among them. Fundamentally, the firewall between law-making and decision-making that Günther, Dworkin and Habermas so fiercely attempted to preserve in their theories for the problem of indeterminacy of law in post-conventional societies becomes a mere abstract reference".

> pria capacidade para integrar diferentes razões práticas para estabelecer relações preferenciais entre elas. Fundamentalmente, o muro entre criação e aplicação do direito que Günther, Dworkin e Habermas tão ferozmente tentam preservar em suas teorias no que se refere ao problema da indeterminação do direito em sociedades pós-convencionais, torna-se uma referência meramente abstrata."

Ao enfatizar que o processo de *ponderação* visa ao estabelecimento de preferências condicionadas, que determinarão o princípio de maior peso no caso, e ao admitir que a *ponderação* se dá com a adoção de critérios fáticos, valorativos e normativos, Alexy (2008) parece admitir a criação de critérios de preferência que, a um só tempo, não são, em absoluto, controláveis democraticamente, e, igualmente, ignoram a irrepetibilidade das situações existenciais. Ele dá ensejo, segundo argumenta Günther (1993), à construção de critérios materiais pré-determinados, que não levam a sério as circunstâncias únicas e irrepetíveis de cada caso concreto, misturando, ademais, argumentos de valor, de política e de princípios. Veja-se (GÜNTHER, 1993, p. 219, tradução nossa)[16]:

> "Com sua definição baseada na estrutura da norma e requerendo a ponderação de valores em situações concretas, Alexy, de fato, evita o risco de ser reprovado por falar em uma 'tirania de valores'. Com isso, no entanto, ele afasta a possibilidade de ser capaz de criticar os valores à luz de princípios ou em procedimentos discursivos. De acordo com o seu modelo, tudo o que aparece como um 'valor' num caso específico deveria ser tratado por meio de um procedimento de ponderação sem a possibilidade de se questionar o valor em si. Isso leva à conclusão de que, na ponderação, o critério para julgar o grau de importância de valores em conflito advém de uma ordem já determinada de prioridades em cada caso. O que isso significa pode ser esclarecido pela proposta de Alexy de se abrir mão da diferenciação entre princípios e políticas introduzida por Dworkin, o que caracteriza corretamente a realidade fática dos julgamentos realizados pelas cortes constitucionais, mas, ao mesmo tempo, sua característica confusão entre princípios e imperativos funcionais de

---

[16] Tradução livre do seguinte excerto: "With this definition based on norm structure and requiring a weighing of values in situations, Alexy does indeed avoid the reproach of speaking in favor of a 'tiranny of values'. With it, however, he rules out the possibility of being able to criticize values themselves in the light of principles or in discursive procedures. According to his model, everything that appears as 'value' in a specific instance would have to be put through a weighing procedure without it being possible to question this value itself. This leads one to conclude that, in weighing, the criteria for judging the degree of importance of conflicting values follow from the existing order of priority in each case. What that means can be made clear by Alexy's proposal to give up the distinction between principles and policies, which was introduced by Dworkin. This does indeed correctly characterize the de facto state of adjudication in constitutional courts, but its characteristic confounding of principles and the administrative or economic systems' functional imperatives is also taken over at the same time. For a procedural theory of justification and application, on the other hand, values as collective need interpretations would have to remain criticizable. However, this can only be achieved if particular types of adjudication and application are not already predetermined by a particular norm structure".

> sistemas administrativos ou econômicos também aparece. Para uma teoria procedimental de justificação e aplicação de normas, por outro lado, valores como interpretações de necessidades coletivas deveriam permanecer criticáveis. Entretanto, isso só pode ser alcançado se tipos particulares de justificação e aplicação não são pré-determinados por uma particular estrutura normativa."

O excerto pontua não apenas a falta de controle democrático dos critérios de preferência, mas, também, as possíveis generalizações – admitidas por Alexy (2008) em sua explicação da *lei de colisão* – que criam regras num processo de aplicação de princípios e podem dar ensejo à sua reprodução em situações de aplicação completamente diversas. Apesar de enfatizar a necessidade de se considerar a situação de aplicação, em verdade, ao buscar a criação de normas generalizáveis, Alexy (2008) envereda por um caminho que mistura discursos de justificação e aplicação.

Outro ponto criticável é a tentativa de indicar que regras e princípios seriam normas com diferenças *estruturais*. Regras teriam um caráter definitivo; princípios, todavia, seriam meros mandados de otimização, cumpridos na proporção das possibilidades fáticas e jurídicas.

O que Günther (1993) tenta demonstrar é que essa concepção falha porque parece sugerir que as duas modalidades normativas passariam por processos discursivos de aplicação distintos: as regras seriam, de antemão, definitivamente aplicáveis a todas as situações que se enquadrassem sob sua hipótese de incidência (verdadeira subsunção), ao passo que os princípios passariam por um processo argumentativo de identificação da razão de decidir no caso.

Ver-se-á que, em verdade, qualquer norma jurídica passa pelo discurso de aplicação de normas, visto que sua validade (inclusive das regras) – obtida nos processos discursivos de justificação – não esgota as etapas argumentativas necessárias para que se demonstre a adequação (*appropriateness*) da norma ao caso concreto. Regras e princípios, igualmente, devem ser submetidos a uma avaliação argumentativa que leve o ordenamento jurídico a sério e permita identificar qual norma, entre aquelas aplicáveis, será aplicada ao final. Regras e princípios, igualmente, apresentam caráter *prima facie* e podem constituir-se, ao final da argumentação, na razão de decidir.

O critério proposto para distinguir regras e princípios é, portanto, discursivo[17]. Regras e princípios diferenciam-se na medida em que estes

---

[17] "Para tanto, é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como

possuem múltiplas possibilidades de aplicação a situações indeterminadas; quer dizer, princípios não regulam suas condições de aplicação. Em contrapartida, regras tendem a indicar sobre que casos concretos incidirão (DWORKIN, 1978, p. 22-28).

Evidentemente, ao se indicar que as regras procuram regular suas condições de aplicação, não se adota, aqui, a postura criticada; ver-se-á que, ao descrever abstratamente a situação de aplicação, a norma válida deve ser considerada (apenas) uma (forte) razão *prima facie* da decisão[18]. Somente após o término do processo de *aplicação* normativa é que se dará a identificação da norma adequada ao caso.

Ou seja, não é porque a norma é *aplicável*, ao contrário do que afirma Alexy (2008), que ela será definitivamente *aplicada*. E isso mesmo sem a necessidade de criação de qualquer cláusula de restrição ou outro instrumento legislado, porque será a descrição completa da situação de aplicação – inclusive dos princípios incidentes sobre o caso – que permitirá identificar qual será a razão definitiva de decidir a reger o caso.

2. A teoria da separação entre juízos de adequação e juízos de justificação de normas

Obviamente, o que se apresentou acima é uma simplificação dos argumentos tratados por Alexy (2008) em sua teoria axiológica. Da mesma forma, as críticas postas são, também, sintéticas, visto que o trabalho se propõe a apresentar, em linhas muito gerais, uma alternativa à ponderação como ferramenta técnica e teórica para a solução de casos controversos de aplicação de normas jurídicas contraditórias incidentes sobre casos concretos.

Nessa linha, um caminho que se crê melhor para tratar do tema é o da teoria da argumentação de Günther (1993), que situa a distinção entre regras e princípios nas condições discursivas de aplicação, e não numa pretensa estrutura diversificada que conduziria à necessidade de um racionalismo metodológico. Ao focar a distinção entre regras e

---

a estrutura mesma da norma jurídica: 'Se é A, deve ser B.' Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação" (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38-39).

[18] Não se pretende, aqui, relativizar a força das regras. Veremos adiante que Dworkin (1985, p. 16), reconhece que a existência de uma disposição normativa clara sobre determinado caso será uma razão bastante forte para decidir na linha do que aquela regra estatui. No entanto, o autor adverte que casos difíceis podem não ser adequadamente resolvidos com uma aplicação que bastaria para aquilo que chama de "casos fáceis".

princípios na esfera argumentativa (regulação ou não das condições de aplicação), e enfatizar a necessidade de se proceder à identificação da norma definitiva do caso, submetendo tanto princípios quanto regras à avaliação discursiva, Günther livra-se das amarras estruturais da teoria axiológica.

A tarefa é empreendida a partir da distinção entre os juízos (discursos) de justificação e de aplicação de normas. Os primeiros correspondem a juízos elaborados para identificar a validade de uma determinada norma (jurídica ou moral). Explica Soriano (1998, p. 193-194) que, segundo Günther, a validade de uma norma moral estará configurada quando se puder produzir uma aceitação racional dos resultados por aqueles que serão afetados pela sua incidência. Günther (1995, p. 278) afirma que a validade expressa um interesse geral de seguir a norma, decorrente da consideração do interesse dos afetados.

No campo do direito, a justificação das normas dá-se nos limites do ordenamento jurídico. Günther (1995, p. 298) explica que, à diferença da argumentação moral, em que a validade é dada pela aceitação racional dos efeitos de uma norma por seus potenciais afetados, a validade da norma jurídica vem de sua estipulação em respeito aos limites e requisitos do ordenamento jurídico, o qual se pressupõe, agora à semelhança das normas morais, como aceito genericamente pelos afetados[19].

Não é este o momento de abordar maiores especificidades; mas, exatamente porque a pretensão de correção das normas jurídicas (conformidade com o ordenamento) não é a mesma das normas morais (aceitação pelos interessados)[20], Günther (1995, p. 300) defende que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso moral de aplicação (e não de justificação) das normas. A fundamentação das normas seria tarefa do legislador, mas ao aplicador do direito, que lida com a argumentação jurídica propriamente dita, seria cabível desempenhar apenas o discurso de aplicação das normas, cuja validade (em termos morais de aceitação racional) é pressuposta (justamente porque elaborada em conformidade com o ordenamento jurídico).

É tempo, então, de examinar o que seria o discurso de aplicação de normas. Numa determinada situação concreta, duas normas válidas podem mostrar-se aplicáveis concomitantemente. Günther (1995, p. 230) oferece um exemplo simples: há uma norma que prescreve que as promessas são feitas para serem cumpridas. Outra norma especifica que se deve prestar auxílio a quem necessita. Ambas são válidas em termos morais (espelham interesses gerais e não lesam outros interesses gerais com seu

[19] Noutro texto, o autor defende que a possibilidade de os indivíduos reconhecerem-se como coautores das normas jurídicas é um dos fundamentos basilares da legitimidade do direito. Veja-se: "A teoria do discurso do direito procura expressar de modo preciso duas intuições acerca da legitimidade do direito: que são os próprios cidadãos que decidem sobre o direito posto e que o procedimento jurídico de decisão é racional, ou seja, permite o exame de propostas de normas por meio de crítica argumentativa. Com essas características, a teoria do discurso do direito distingue-se tanto das teorias que buscam um princípio absoluto de moral ou de ética política como fundamento material de legitimação do direito quanto das teorias formais que se contentam com qualquer procedimento de criação de direito, simplesmente previsto por normas secundárias. Ela se diferencia também das teorias que, no lugar de princípios materiais ou procedimentos formais, baseiam-se na pessoa e suas aptidões e características, especialmente na razão, em que todas as pessoas se igualam" (GÜNTHER, 2006, p. 223).

[20] Tal característica torna o discurso jurídico não necessariamente recíproco, ao contrário do discurso prático geral de justificação de normas. Ora, normas morais pressupõem que todos os afetados adotarão uma posição discursiva para demonstrar sua aceitação (condição de validade), o que é absolutamente prescindível no campo jurídico, em que uma argumentação não dialógica que comprove a compatibilidade da norma com o ordenamento e a existência de condições suficientes para participação dos cidadãos nos processos deliberativos já será suficiente. Para mais aprofundamentos, inclusive com referência à posição contrária adotada por Alexy, ver Günther (1995, p. 295-300).

seguimento) e, portanto, prestam-se a regular situações concretas. Num determinado caso, contudo, os comandos podem incidir ao mesmo tempo e apresentar determinações contraditórias. É a chamada *colisão de normas válidas*, ou *colisão externa*[21], que justifica a existência do discurso de aplicação normativa.

Essa colisão ocorreria no seguinte caso hipotético: eu prometo a meu amigo *A* que irei a uma festa por ele organizada; mas, durante o transcurso, encontro meu amigo *B* necessitado de auxílio imediato, o qual, uma vez prestado, impedirá o comparecimento à festa. As duas normas (dever de veracidade e manutenção das promessas e dever de prestação de auxílio, chamadas, aqui, de "N1" e "N2") são aplicáveis ao caso. Ocorre que ambas contêm comandos contraditórios na situação, dado que a aplicação de uma leva ao "desrespeito" ao comando da outra[22].

O discurso de aplicação é o que lida com tais tipos de situações. Soriano (1998, p. 193) explica que toda norma (moral ou jurídica) contém uma referência (em abstrato) à sua situação de aplicação: descreve em que casos se aplica e quais efeitos sua aplicação produz. Mas essa referência não é perfeita exatamente porque a norma, quando estabelecida, não pode especificar as vicissitudes de todas as diversas situações concretas de aplicação. Limita-se a descrever situações padrão, as chamadas condições inalteradas de aplicação – *unchanging circumstances* (GÜNTHER, 1993, p. 236) –, que seriam aquelas passíveis de descrição pela norma geral e abstrata, que não se reproduzem integralmente no caso concreto (SORIANO, 1998, p. 196).

O exemplo facilita o entendimento: a norma que estabelece o dever de manutenção das promessas não pode prever todos os casos em que tal obrigação será invocada. Não pode prever, por exemplo, a complicada decisão entre a manutenção de uma promessa e a ajuda a um amigo, as quais se excluem mutuamente num caso concreto.

Portanto, reconhecer uma norma como válida não importa em dizer também que ela será aplicável todas as vezes em que, ao menos aparentemente, ocorra sua hipótese de incidência. Esse raciocínio, sustentado por Alexy (2008) em relação às regras, omite o fundamental papel que o discurso de aplicação normativa tem. A tarefa da justificação termina com a validade, que, como vimos, no direito, está dada pela conformidade da norma com o ordenamento jurídico. A partir daí, o problema está na aplicação, que, diferindo da justificação, tem como primeira indicação a ideia de que as normas válidas (princípios ou regras) são aplicáveis apenas *prima facie*, existindo ainda toda uma complexa tarefa para se determinar quais delas serão ao final aplicadas, por quais mecanismos podem ser afastadas as normas aplicáveis e qual discurso (e com quais argumentos) essas tarefas podem ser realizadas. Sobre isso, aduz Günther (1993, p. 244, tradução nossa)[23]:

---

[21] Günther (1995, p. 279-282) explica que a colisão externa se diferencia da colisão interna porque naquela não se questiona a validade das normas conflituosas, mas a sua adequação à situação referida. A colisão externa sempre se dá no bojo de um caso concreto. Como se verá, pelo fato de a demonstração de inadequação de uma norma a um caso não prejudicar a validade da norma ou a sua aplicabilidade a futuros casos, a colisão é chamada de "externa". A colisão interna, de outra sorte, é a que afeta a validade da norma, prejudicando a manutenção da norma inválida no conjunto do ordenamento jurídico. Afeta-a em termos abstratos, prejudicando sua aplicação a todas as futuras situações situadas em sua hipótese de incidência.

[22] Günther (1995, p. 292) explica que não há desrespeito, mas, ao final do procedimento de aplicação, a mera constatação de que uma das normas não era aplicável. Assim, seu comando não é descumprido; ele, simplesmente, não é aplicado, o que, ao contrário de um eventual desrespeito, não lesa uma de suas características fundamentais como norma jurídica: a imperatividade.

[23] Tradução livre do seguinte excerto: "This validity no longer determines the manner of a norm's application, that

"Essa validade não mais determina a maneira por meio da qual uma norma é aplicada, ou seja, a relação com outras normas válidas numa situação. Essa é a razão pela qual a coerência de normas válidas que pertençam a uma determinada forma de vida não pode ser determinada independentemente de uma situação concreta."

Por isso, será necessário um discurso (argumentação) que trate da aplicabilidade das normas abstratas às situações concretas, cuja necessidade avulta em caso de colisões externas entre normas válidas. Para Günther (1995, p. 283), essa argumentação deve primar pela imparcialidade, o que será garantido quando, no ato de aplicação, o intérprete levar em consideração todos os aspectos da situação concreta a ser decidida (*complete description of the situation*). Dessa forma, o aplicador complementará a descrição genérica da situação prevista na norma com os aspectos concretos do momento de aplicação. Nesse ato, poderá ser demonstrada a aplicação da regra adequada e coerente para regulamentar a situação.

Essa atividade é necessária porque uma norma aplicável está inserida num ordenamento complexo, de princípios equiprimordiais e necessários. Essa norma é um "argumento" em favor de determinada decisão, que deve ser avaliada na mesma medida em que argumentos em sentido contrário também o são (GÜNTHER, 1993, p. 236). Por isso, as normas válidas – independentemente de se tratarem de regras ou princípios – são chamadas pelo autor germânico de razões *prima facie*, aplicáveis (mas não necessariamente *aplicadas*), que induzem o processo decisório para determinada direção, mas que não se constituem nas razões definitivas de um caso. Apenas ao final do juízo de aplicação, considerados os aspectos relevantes da situação, e a complexidade do direito, é que se indicará a norma adequada, a qual será, a seu turno, a razão definitiva do caso.

Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 125; 127; 133) assim pontuam a questão:

"Contudo, ainda que uma norma passe por esse crivo, isso não mais significa que ela deva ser aplicada a todos os casos em que aparentemente poderia se aplicar segundo a alegação dos próprios envolvidos. Ao contrário, como veremos, a legitimidade ou a constitucionalidade de uma norma não significa, por si só, que pretensões abusivas não possam ser levantadas em relação à sua aplicação aos casos concretos.

[...]

É que, na modernidade, a edição de normas gerais, hoje sabemos bem, não elimina o problema do Direito, tal como ansiado nos dois paradigmas anteriores e neles vivencialmente negado, mas, pelo contrário, o inaugura. O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição.

[...]

É apenas no campo dos discursos de aplicação, ao se levar a sério as pretensões a direito nele levantadas, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, que essas pretensões poderão ser qualificadas como legítimas ou abusivas, inclusive aquelas calcadas em previsões legais literais."

Obviamente, é bom que não se relativize em excesso a força normativa de uma regra clara que trate da situação analisada. Dworkin (1985, p. 16) diz que a existência de uma regra clara que defina sua aplicação servirá, na maior

is, its relation to other valid norms in a situation. That is why the coherence of valid norms belonging to a form of life cannot be determined independently of the concrete situation".

parte dos casos, para a resolução de casos fáceis, visto que o discurso de aplicação levará em consideração uma considerável força daquela norma para a situação concreta examinada. O problema surgirá quando se estiver diante de um caso difícil, em que a aplicação do direito será controversa. Veja-se[24]:

> "O texto da lei é relevante para a questão definitiva. Numa democracia, as pessoas têm ao menos um forte direito fundamental prima facie de que os Tribunais deem cumprimento aos direitos que a legislatura representativa editou. Esse é o porquê alguns casos são fáceis no modelo dos direitos assim como no modelo do texto da lei. Se está claro o que o legislativo outorgou às pessoas, então também é claro o que é seu direito fundamental receber dos Tribunais.
>
> [...]
>
> Todavia, ainda que o modelo dos direitos reconheça que o texto da lei é uma fonte de direitos fundamentais nesse sentido em relação aos Tribunais, ele nega que esse texto seja a fonte exclusiva desses direitos. Se, portanto, em alguns casos o texto da norma é silente, ou suas palavras são sujeitas a interpretações contrárias, então é correto inquirir qual das duas possíveis decisões no caso melhor se adequam aos direitos fundamentais das partes."[25]

Essa norma adequada é a que, segundo o modelo teórico proposto, realizará o ideal da "norma perfeita": um juízo decisório que contempla todos os aspectos e vicissitudes de um caso concreto e aplica a norma adequada para a boa regulamentação do caso (GÜNTHER, 1995, p. 283-284). Usará, inclusive, a dimensão de peso para avaliação dos princípios, exatamente como defendido por Dworkin (1978, p. 26), que, no entanto – contrariamente a Alexy (2008) –, jamais propugna a aplicação

---

[24] Tradução livre do seguinte excerto: "The rule book is relevant to that ultimate question. In a democracy, people have at least a strong *prima facie* moral right that courts enforce the rights that a representative legislature has enacted. That is why some cases are easy cases on the rights model as well as on the rule-book model. If it is clear what the legislature has granted them, then it i salso clear what they have a moral right to receive in court. (...) But though the rights model concedes that the rule book is in this way a source of moral rights in court, it denies that the rule book is the exclusive source of such rights. If, therefore, some case arises as to which the rule book is silente, or if the words in the rule book are subject to competing interpretations, then it is right to ask which of the two possible decisions in the case best fits the background moral rights of the parties" (DWORKIN, 1985, p. 16).

[25] A tradução optou por usar a expressão *direitos fundamentais* em vez da tradução *direitos morais* para retratar o termo inglês *moral rights* usado por Dworkin (1985). Isso porque o sentido que o autor emprega na obra é de evidente juridicidade desses direitos, o que poderia ser equivocadamente apreendido pelo uso de *direitos morais*. Não se nega, contudo, que Dworkin (1985) usa a expressão *moral rights* para expressar direitos que existiram até mesmo antes de reconhecimento normativo pelo Estado, conforme expressamente anotado no texto (DWORKIN, 1985, p. 11-12), o que se afasta do uso tradicional da expressão *direitos fundamentais* no direito brasileiro. No entanto, entendendo fundamental compreender a inserção dos *moral rights* no âmbito jurídico, a escolha feita para a tradução, crê-se, é justificada.

“ponderada” de duas normas com comandos contraditórios no mesmo caso. A ferramenta do peso, aqui também, servirá para identificar aquela que prevalece na situação e que, por isso mesmo, será a norma adequada para o caso.

Günther (1993, p. 245; 1995, p. 295) não ignora, entretanto, que seria extremamente difícil que, a cada situação concreta de colisão externa, os aplicadores da lei fossem obrigados a retomar todo o caminho da aplicação normativa. Afinal de contas, argumenta, a aplicação das normas dá-se em condições reais, de tempo escasso e conhecimento limitado por parte do intérprete. Por isso mesmo, defende que, ao longo dos processos de aplicação, se formam paradigmas de pré-compreensão que auxiliam na interpretação das situações e do significado das normas jurídicas – que devem ser alvo de exame crítico e releitura –, tratando-se de um instrumento de inegável serventia para a operacionalização da aplicação das normas.

Ambos os discursos, assim, são imprescindíveis: o discurso de justificação é necessário porque as normas só se consideram aplicáveis (*prima facie*) se, primeiro, se submeterem à argumentação que comprove a sua validade (normas inválidas nem sequer integram o discurso de aplicação); a seu turno, a aplicação é fundamental porque a validade não contém a adequação, ou seja, apenas se realiza a incidência em concreto de uma norma válida quando se comprovar tratar-se da norma adequada para a regulamentação do caso. Ao aplicador do direito é dado realizar o segundo discurso (aplicação); ao intérprete do direito cumpre o papel de realizar a aplicação das normas ao caso concreto mediante o exame dos fatos que envolvem a situação e, a partir de então, identificar a razão definitiva (norma aplicável) do caso pela interpretação.

Afastam-se, aqui, concepções de princípios como mandamentos que possam ser “mais ou menos” cumpridos e de regras como juízos definitivos *per se*. Regras e princípios podem, igualmente, estabelecer a razão de decidir do caso; basta, para tanto, que, ao final do discurso de aplicação, o resultado encontrado pelo intérprete, considerada a descrição completa da situação e do quadro das normas aplicáveis, seja nesse sentido.

Refutam-se, igualmente, concepções que defendem que princípios se submetem a distintos graus de cumprimento; isso porque é apenas a situação concreta de aplicação que permitirá identificar qual será o mandamento do princípio para aquele caso. Se, no juízo de adequação, aquele mandamento for considerado definitivo, ele será integralmente aplicado; se não for o adequado, ele simplesmente será afastado. Princípio, como toda norma jurídica, obedece ao código binário “direito/não-direito” (LUHMANN, 1996), não se submetendo a cumprimento em graus distintos.

Conclusão

Procurou-se, ao longo do texto, a partir da exposição das teorias de Klaus Günther e Robert Alexy a respeito de regras e princípios jurídicos, e dos procedimentos de solução de conflitos normativos, identificar o procedimento discursivo adequado para o tratamento de situações em que direitos fundamentais vertidos em normas principiológicas possam entrar em colisão.

O trabalho, ainda que de forma breve, e com o uso de argumentos bastante sintéticos, tentou explorar as deficiências da concepção axiológica de Alexy (2008), enfatizando como a aproximação de princípios (juízos de dever ser) e valores (juízos axiológicos) pode mostrar-se problemática, fruto de uma concepção de racionalidade integradora que ignora a separação necessária entre aplicação normativa e justificação de normas, e que viola o caráter deontológico das normas de princípio. Procurou-se estabelecer uma crítica pontual à *ponderação* ou *sopesamento* – que pressupõe a aplicação "gradual" de princípios contrários ao mesmo caso, procedendo-se à restrição de uns proporcionalmente à importância que se atribui ao princípio de maior peso no caso –, que entende possível aplicar a um caso, concomitantemente, normas jurídicas com comandos contraditórios sem que isso signifique lesão a seu caráter imperativo.

Como alternativa, buscou-se apresentar a teoria que, crê-se, cumpre um papel mais adequado no tratamento, na explicação e na resolução desses conflitos, que respeita os papéis democraticamente assinalados aos distintos discursos (justificação e aplicação) sobre normas jurídicas, e que não confunde *validade* com *adequação*. Partindo do reconhecimento da complexidade do ordenamento e da equiprimordialidade dos princípios contraditórios, que se requerem, trata-se de postura que se abre à situação de aplicação sem a construção de hierarquizações pré-determinadas, sem generalizações que fecham os olhos para a importância da descrição completa das situações de aplicação, e que, assim, adotando um viés procedimentalista, não trata o ordenamento jurídico como a fixação de uma "ordem concreta de valores" construída sem controle democrático.

Esse método, ao contrário da *ponderação*, prevê que a identificação da norma adequada, a partir de uma descrição completa da situação de aplicação e do tratamento do conjunto de normas jurídicas *prima facie* aplicáveis, levará à sua incidência sobre a situação, permitindo que produza os efeitos jurídicos que serão determináveis apenas na situação concreta de aplicação. Com isso, respeita-se o caráter deontológico das normas ao se levar a sério um discurso de aplicação que reconhece que apenas na situação existencial de incidência se pode identificar qual norma incidirá e quais efeitos produzirá, sem discriminar entre regras

e princípios, como se apenas uma das espécies normativas tivesse que passar pelo procedimento em questão.

Referências

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução Manuel Atienza. *Doxa* [publicaciones periódicas], Alicante, Espanha, v. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 13 out. 2013.

______. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público)

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication:* deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estado – laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto Anencéfalo – Política Judiciária – Macroprocesso. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe, 27 abr. 2004. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, 30 abr. 2013.

______. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas Corpus n. 82.424-RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro: Maurício Corrêa. DJ, 17 set. 2003. *Diário da Justiça,* Brasília, 19 mar. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle.* Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1985.

______. *Law's Empire*. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1986.

______. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1978.

______. The concept of unenumerated rights. *University of Chicago Law Review*, Chicago, EUA, n. 59, p. 381-432, 1992.

GÜNTHER, Klaus. Qual o Conceito de Pessoa de que Necessita a Teoria do Discurso do Direito? *Revista Direito GV 3*. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-240, jan./jun. 2006.

______. *The Sense of Appropriateness:* Application discourses in Morality and Law. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

______. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. *DOXA* [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha,

n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 101, v.I).

______. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. (Humanística, n. 3).

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi, Raffaele de Giorgi e Paulo Sávio Peixoto Maia. [S.l.: s.n], 1996. [Tradução para uso acadêmico não revisada].

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade orfã". Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, n. 58, novembro de 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em 13 out. 2013, p. 183-202.

SORIANO, Leonor. M. Moral. ¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. *DOXA* [Publicaciones Periódicas]. Alicante, Espanha, n. 21, v. I, p. 193-208, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_11.pdf>. Acesso em 13 ago. 2013.

Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional

PAULO MAYCON COSTA DA SILVA

Sumário

1. Controle de constitucionalidade: jurisdicional ou político?

Busca-se, com o controle de constitucionalidade, assegurar a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. Por meio dela, nenhuma disposição normativa, leis ou demais regras jurídicas do sistema normativo, permanecem válidas quando contrárias às normas constitucionais[1].

O art. 4º da Constituição da Colômbia reflete com precisão esse postulado, ao enunciar que "*la Constitución es normas de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*".

Assim, os atos normativos, mormente os oriundos do Parlamento, estão sujeitos à compatibilidade normativa constitucional, sob pena de

Paulo Maycon Costa da Silva é defensor público do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor substituto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade Potiguar (UNP).

[1] Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 23), duas "premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição".

serem declarados *void* (nulos), na expressão de John Marshall. Para tanto, subsistem dois modelos, no que tange à responsabilidade pelo controle de constitucionalidade: o político (supremacia política) e o jurisdicional (supremacia judicial).

No controle político, basta pensar que a fiscalização constitucional deve repousar sobre um órgão político. Foi na França, com efeito, que o controle político mais se desenvolveu (BONAVIDES, 2007, p. 299). Tendo em conta a histórica desconfiança em relação aos juízes, resolveu-se outorgar ao Senado o papel de guardião da Constituição, malgrado tenha Sieyès proposto a criação, desde o início, da *Jurie Constitutionnaire*.

Sobre esse ponto, Edilson Nobre (2010, p. 9) ensina que essa cautela em relação ao judiciário francês se deu por dois motivos: primeiro, porque havia uma tensão entre os Estados Gerais e o Parlamento, o que significava um obstáculo às reformas de Luís XVI; segundo, porque a concepção da doutrina de separação dos poderes na França diferenciava-se da norte-americana, na medida em que se entendia que o judiciário não poderia julgar os demais poderes, exatamente por causa da independência.

Posteriormente, criou-se o Comitê Constitucional com a Lei Máxima de 1946. Até que, em 1958, nasceu o *Conseil Constitutionnel* incumbido de preservar de maneira preventiva a constitucionalidade das normas[2]. O Conselho Constitucional era composto por nove membros mais os ex-presidentes da República, sendo três nomeados pelo Presidente, outros três pela Assembleia Nacional e os últimos três pelo Presidente do Senado. O controle seria exercido perante as eleições presidenciais e parlamentares, bem como de maneira preventiva à promulgação de um texto legislativo ou de um tratado internacional, mediante o envio do diploma normativo pelo Presidente, pelo Primeiro Ministro ou pelo Presidente de uma das Casas do Congresso.

Além disso, tornou-se obrigatório o envio das leis orgânicas que tratavam da organização dos poderes ao Conselho Constitucional para exame prévio de sua constitucionalidade. E, "se o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* for no sentido da inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada nem poderá, por conseguinte, entrar em vigor, senão depois da revisão da Constituição", registra Mauro Cappelletti (1984, p. 28).

Todavia, segundo Cappelletti (1984), numerosos estudiosos[3], como Louis Favoreu, não emprestavam natureza jurisdicional ao órgão, quer

---

[2] Depois da Lei Constitucional 724, de 23 de julho de 2008, o Conselho Constitucional deixou de lado o controle exclusivamente preventivo para adotar um controle incidental (exceção), porquanto compete a ele, dada a redação do novo art. 61 – 1, da Lei Fundamental de 1958, conhecer de controvérsia constitucional remetida pelo Conselho de Estado ou Corte de Cassação, que surgir no bojo de um processo jurisdicional (NOBRE JÚNIOR, 2010, p. 8).

[3] Colliard, Batailler, Eisenmann e Hamon, Buerstedde, Favoreu e E. Massart.

em razão de sua formação, quer porque não previa recurso ou qualquer impugnação pela parte interessada. Em verdade, o pronunciamento do Conselho Constitucional traduzia na prática em um parecer vinculativo no bojo do próprio processo de formação do texto legislativo.

Por outro lado, na opinião de Edilson Nobre, depois da saída do Presidente Charles de Gaule do cenário político (1971), transformou-se o *Conseil* "em intransigente defensor dos direitos fundamentais, sendo de destacar a construção da teoria do bloco de constitucionalidade", passando a ser reconhecido pela doutrina, entre os quais o próprio Louis Favoreu, como verdadeiro Tribunal Constitucional[4].

Nos demais países, sobretudo na era do pós-guerra, prevalece o controle jurisdicional das leis e dos atos normativos promovido pelo Judiciário ou Corte Constitucional, conquanto, na esteira do pensamento de Meirelles Teixeira, convenha creditar ao povo o esperado protagonismo na preservação da integridade constitucional. Por oportuno, em homenagem ao saudoso e prestigiado constitucionalista paulista, convém reproduzir sua precisa crítica:

> "Evidentemente, a própria Nação soberana é sempre, em última instância, a defensora suprema da Constituição, e tal asserção não constitui mera figura de retórica democrático-liberal. Num país onde existam tradições políticas, aprimorado civismo, onde o povo compreenda o imenso valor da liberdade, das instituições livres e do Estado de Direito, a opinião pública exercerá, realmente, uma tal pressão, constante e efetiva, sobre o governo e parlamentos, que estes dificilmente ousarão violar a Constituição, mesmo que esta se apresente flexível, como é o caso da Inglarerra. Aqui, é o povo, verdadeiramente, o defensor máximo e real da Constituição" (TEIXEIRA; GARCIA, 1991, p. 402).

Porém, consoante reconhece o mencionado doutrinador paulista, "a grande maioria das comunidades políticas ainda não atingiu esse elevado grau de educação, de cultura cívica e de civismo" (TEIXEIRA; GARCIA,

---

[4] "Esse papel ativo na tutela dos direitos e liberdades fundamentais ocasionou mudança no modo de visão que lhe reserva a doutrina, a qual passou a obscurecer-lhe o cariz de órgão político, equiparando-o, pelo método desenvolvido em sua atividade, a um autêntico tribunal ou corte constitucional. Tanto assim que François Luchaire (LUCHAIRE, 1997, p. 48-53) chegou a apontar, ao apagar das luzes da centúria pretérita, que, na doutrina, vicejam pontos de vista ora assentando o caráter jurisdicional, ora o político, ora o institucional (partícipe do processo de criação das leis), do Conselho Constitucional, muito embora relate que a maioria dos autores se tem posicionado favoravelmente à primeira corrente. Por seu turno, Louis Favoreu (2005), em escrito comemorativo de quarenta anos da Constituição de 1958, apresentou-se dentre aqueles que, categoricamente, acentuam a indiscutível natureza jurisdicional do órgão: 'O Conselho Constitucional faz parte da família das Cortes e tribunais constitucionais que foram criados na Europa após a segunda guerra mundial, inicialmente na Alemanha, Áustria ou Itália, depois em Espanha, Portugal, Bélgica e, enfim, multiplicaram-se após a queda do muro de Berlim, nos países da Europa central e oriental [...]. Apresenta as mesmas características quanto à sua composição e ao modo de recrutamento de seus membros" (NOBRE JÚNIOR, 2010, p. 7).

1991, p. 401), daí por que se atribuiu aos orgãos jurisdicionais, dada a vocação institucional de solucionar controvérsias, o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das disposições normativas.

Há, por conseguinte, dois modelos jurisdicionais de controle: o norte-americano (difuso) e o austríaco (concentrado). Neste, o exercício do controle é realizado pelo Tribunal Constitucional; naquele, qualquer membro do Judiciário pode declarar nulo ato normativo contrário à Constituição.

O mais comentado precedente do *judicial review* é o histórico caso *Marbury v. Madison* de 1803. Com a contribuição de John Marshall, assinalou-se que qualquer ato ou lei congressual que contrarie a Constituição deve ser declarado nulo (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 147). Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 27), trata-se da primeira decisão na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, "negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais".

Apesar do exame dos contornos históricos desse precedente[5], observa-se que o caso, a bem da verdade, tratou de uma questão mais política, envolvendo os federalistas de John Adams e os republicanos de Thomas Jefferson vitoriosos nas eleições de 1800, do que propriamente uma controvérsia constitucional.

---

[5] De acordo com Luís Roberto Barroso: "Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (*The Circuit Court Act),* por via da qual, entre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado. Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (*The Organic Act of the District of Columbia*) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (*commissions*) dos novos juízes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-lo aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*). E, embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los. Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (*The Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (*1802 term*) para apreciar o caso (BARROSO, 2011, p. 25-26).

Com propriedade, Mauro Cappelletti adverte que, por trás da decisão de John Marshall, existia uma tradição do *judicial review*, no sentido de que os juízes, por vezes, julgavam a validade de determinados atos normativos[6]. Escreve Cappelletti que, no século XVII, havia uma tradição inglesa, teorizada e defendida por *Sir Edward Coke*, na qual o soberano não criava lei; *contrario sensu*, poderia declarar ou afirmar a regra. Isso porque o *common law* revelado nas decisões dos tribunais ingleses[7] prevalecia como o autêntico Direito diante do *statutory law*.

Em síntese, ao legislador competia, não mais que complementar as normas consuetudinárias – vale dizer, prevalecia o direito costumeiro reconhecido pelos tribunais e complementado pelos *Acts*. Assim, o juiz exercia a função de árbitro entre o Rei e a Nação.

Edward Coke, entre outras coisas, sustentava que a atividade jurisdicional não poderia ser realizada pelo monarca, porquanto somente os juízes tinham condições para resolver as questões, considerando que eram instruídos na ciência do direito, para a qual se exige muito estudo e experiência para construir o conhecimento. Assim, pontuava Edward Coke que somente os juízes poderiam decidir impasses entre o *common law*, o Soberano e o Parlamento (CAPPELLETI, 1984, p. 59).

Daí, não obstante a pertinência histórica do caso *Marbury v. Madison* de 1803, importa sobremaneira reconhecer a doutrina de Edward Coke, segundo a qual os juízes – portanto, um orgão jurisdicional – detinham a competência para declarar, por último, a validade de uma norma caso contrária ao *common law*.

No seu mais famoso caso, envolvendo o Dr. Thomas Bonham (*Bonham's Case 1606*), declarou Sir Coke que "os atos do parlamento serão controlados pelo *common law*, julgados nulos algumas vezes, pois, quando um ato do parlamento é contrário à razão e ao direito comum, ou repugnante, ou impossível de ser apresentado, será controlado pelo *common law* e sentenciado como nulo"[8]. O modelo norte-americano, marcado pela doutrina Coke e sobretudo pelo caso *Marbury v. Madison* de 1803, confere ao judiciário a competência para a análise das controvérsias normativas constitucionais.

Hans Kelsen, por sua vez, teorizou a existência de um Tribunal Constitucional, unicamente responsável pela guarda da Constituição. De

[6] Charles A. Beard traz à baila os argumentos sistematizados pelo professor Percy Fenn, mediante os quais seria possível sustentar a decisão de John Marshall, considerando que o *Chief Justice* não mencionou nenhum precedente na decisão *Marbury v. Madison* de 1803. Assim, eram argumentos em prol do *judicial review* na ótica de Penn: "1. A subordinação dos atos do Parlamento a uma lei mais alta não é estranha à jurisprudência inglesa; no caso do Dr. Bonham, em 1610, Sir Edward Coke declarou que um ato do Parlamento contrário à lei comum era nulo, pelo menos às vezes. 2. O Conselho Privado tinha o poder de apreciar judicialmente os atos das legislaturas coloniais e considerá-los nulos. 3. James Otis, atuando no caso Paxton, em 1761, invocou uma lei mais alta – a lei divina ou a lei da natureza – para afirmar que anularia um ato legislativo que lhe fosse contrário. 4. Oito precedentes existem do exercício deste poder por tribunais estaduais contra as respectivas legislaturas, todos anteriores a 1787. 5. Os membros mais destacados da Convenção Constituinte conheciam este poder, advogavam a outorga do mesmo e tinham a convicção de o haver outorgado. 6. Entre 1789 e 1803 (quando pela primeira vez a Suprema Corte utilizou-o contra o Congresso), 10 tribunais estaduais o exerceram contra as respectivas legislaturas. 7. Durante esse período, alguns membros da Suprema Corte reclamaram o poder para o Judiciário Federal e valeram-se dele em outras instâncias)" (BEARO, 1965, p. 14).

[7] "De fato, como os conquistadores, por sua tradição, não eram dados a legislar, tanto é que a própria Magna Carta só surge num momento bem posterior, os tribunais exerceram um papel fundamental na criação e desenvolvimento do *common law*. Com o passar do tempo, as decisões dos juízes e tribunais criaram um verdadeiro Direito jurisprudencial. Aquilo que foi dito pelos tribunais era tido por *Direito*. Evolui-se do costume, incerto e de difícil aplicabilidade, para o precedente judicial, como revelação do Direito e sua fonte por excelência" (SOUZA, 2006, p. 37).

[8] "The common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void" (Cf. SHEPPARD, 2003).

conseguinte, sua teoria propugnou a criação do Tribunal Constitucional da Áustria em 1920. Para o mestre austríaco, somente um órgão especializado poderia impor o controle de constitucionalidade das leis.

Para Kelsen, era ingênuo acreditar que um órgão responsável pela elaboração da regra (Parlamento) pudesse declarar qualquer ato inconstitucional. O que significa dizer que o controle de constitucionalidade político não prosperaria. Em resumo, o Tribunal Constitucional reflete um sistema concentrado de controle de constitucionalidade protagonizado pela Justiça Constitucional.

Na visão de Luis Villar Borda (2000), essa proposta teórica teria influenciado o sistema colombiano de controle de constitucionalidade, na medida em que o constituinte de 1991 subtraiu o controle concentrado da Suprema Corte de Justiça, passando-o para as mãos da Corte Constitucional, especificamente criada para exercer a jurisdição constitucional concentrada no País[9].

De acordo com Canotilho (1997, p. 871), o controle constitucional não representa necessariamente uma fiscalização constitucional, "mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa". Para Jorge Miranda (2005, p. 117), o Tribunal Constitucional representaria um *tertium genus*, na medida em que possui características de órgão jurisdicional; porém, não era um Tribunal como os outros, por ser especializado na jurisdição constitucional.

No contraponto, portanto, ao modelo norte-americano, que permite o exame incidental da compatibilidade normativa constitucional, tem-se o modelo concentrado de constitucionalidade, qualificado sobretudo pela existência de uma Corte Constitucional.

Ocorre que muitos países exercem ambos os controles jurisdicionais de constitucionalidade, reconhecidos como sistema de jurisdição constitucional mista. Assim, preservam a competência difusa outorgada aos juízes que conhecem incidentalmente da controvérsia constitucional, bem como o modelo europeu concernente ao controle concentrado capitaneado por uma Corte Constitucional.

Encerradas as noções preliminares concernentes à jurisdição constitucional, marcada por um controle de constitucionalidade em que uma Corte Constitucional (concentrado) ou qualquer instância do Poder Judiciário (difuso) dão a derradeira posição sobre o sentido da Constituição, segue-se ao exame dos traços primeiros e essenciais da jurisdição constitucional realizada na Colômbia.

2. *Rasgos* essenciais da jurisdição constitucional na Colômbia

Na Colômbia, com a Constituição Política de 1991, há um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, porquanto combina elementos do modelo difuso (norte-americano) e do concentrado (austríaco)[10]. Po-

[9] "En general se ha adoptado en los casos mencionados el llamado 'modelo europeu', cuya paternidad es abiertamente reconocida al eminente jurista austro-norteamericano Hans Kelsen. Pero su influencia, como me propongo demostrarlo en este trabajo, no se limitó al viejo Continente, sino se extendió a otras partes del mundo, y en el caso que nos interesa, tambiém a Colombia, al acoger un nuevo sistema de control constitucional en la Carta de 1991, hoy vigente. Esto de ninguna manera demerita la larga tradición colombiana en esta materia, sino señala un notable progreso, que a pesar de las manifestaciones iniciales de escepticismo y la resistencia y desconfianza que acompañan todo cambio, se ha hecho palpable por labor de la Corte en su función esencial de guardián de la Constitución" (BORDA, 2000, p. 17).

[10] "El sistema de control jurisdicional de constitucionalidad diseñado en la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante CP) es mixto, en la medida que combina elementos del modelo difuso y del concentrado. La opción del constituyente de 1991 de crear una Corte Constitucional fortaleció de forma significativa la dimensión concentrada del sistema, que sigue siendo,

rém, nem sempre o controle se comportou dessa forma na história constitucional colombiana[11].

Diferentemente, no começo do seu constitucionalismo, preconizado pela Carta de 1886, havia apenas uma previsão (art. 151 – 4), no sentido de que competia à Corte Suprema de Justiça decidir de maneira definitiva sobre a constitucionalidade de projeto de lei rejeitado pelo Governo. Na verdade, esclarece Eduardo Cifuentes Muñoz, não havia nenhuma espécie de controle *a posteriori* de constitucionalidade[12] no País.

Doravante, com a reforma constitucional de 1910 (Ato Legislativo 3), introduziu-se um sistema completo de controle de constitucionalidade. De acordo com o art. 40, em todo caso de incompatibilidade com a Constituição, prefere-se as disposições constitucionais. E ainda, nos termos do art. 40, da Carta de 1910:

> "*A La Corte Suprema de Justicia se le confia la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, ademas de las facultades que le confieren ésta y las leyes tendrá la seguinte. Definir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por inconstitucionalidad por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acuados ante ella por cualquier ciudadano por inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la nación*" (COLOMBIA, 1910).

Por conseguinte, o controle jurisdicional de constitucionalidade na Colômbia nasceu com a Constituição de 1910 ao consignar que a Corte Suprema de Justiça decidiria sobre: a constitucionalidade de ato legislativo questionado pelo Governo; e a constitucionalidade de leis ou decretos impugnados por qualquer cidadão. Assim, há mais de um século, o cidadão colombiano ostenta o direito político de provocar o Poder Judiciário, a fim de prevalecer o que determina a Constituição.

---

sin embargo, también de carácter difuso, ya que, además de los pronunciamientos que realiza la Corte Constitucional, ao Consejo de Estado – máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa – se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional y também un juez o inclusive una autoridad administrativa pueden, mediante la denominada excepción de inconstitucionalidad, abstenerse de aplicar una norma, en un caso concreto y con efectos inter-partes, en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carla Política" (REGUERA, 2006).

[11] Pelo contrário, houve momento na história constitucional colombiana em que havia a supremacia da legislação em detrimento da própria Constituição, pois, nos termos do antigo art. 6º da Lei 153 de 1887, "una disposición expressa de la ley posterior a la Constitución, se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria la Constitución".

[12] Informe sobre La Jurisdicción Constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, 2000, p. 63. Para Luis Vilar Borda, só a partir da reforma de 1910 a Colômbia realmente passou a ter um sistema de controle de constitucionalidade (BORDA, 2000, p. 17).

Além disso, incorporou-se o modelo difuso de controle, por meio da *excepción de inconstitucionalidad*[13], cujos efeitos da sentença tocavam apenas às partes. Pela mesma reforma, coube à Corte Suprema de Justiça solucionar os conflitos entre as leis ordinárias e a Constituição, protagonizando desde então a guarda da integridade constitucional (MESA, 1998, p. 602).

Entre as principais inovações, destaque-se a *acción pública de inconstitucionalidad* manejada por qualquer cidadão contra decretos ou leis contrárias à Lei Maior (MUÑOZ, 2000, p. 63). De acordo com Vladimiro Naranjo Mesa, tal mecanismo de participação cidadã no controle concentrado de constitucionalidade consistiu num marco mundial no que diz respeito à jurisdição constitucional:

> "*Pero el Constituyente de 1910 fue más lejos aún: consagró por primeira vez en el mundo la llamada acción pública de inconstitucionalidad, al disponer que la Corte Suprema de Justicia no sólo decidiría definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados como inconstiucionales por el govierno, sino também 'sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. Así, pues, todo ciudadano podía recurrir ante el máximo tribunal para demandar cualquier ley o decreto por motivos de inconstitucionalidad, popularizándose de este modo la iniciativa en materia de control constitucional. Dicho avance del constituinte colombiano, fue posteriormente plasmado en otras constituciones latinoamericanas*" (MESA, 1998, p. 602-603).

Em 1945, nova reforma parcelou a competência da Corte Suprema. Pelo Ato Legislativo 1, delegou-se parte da jurisdição constitucional ao Conselho de Estado, a fim de que exercesse o controle de constitucionalidade dos atos administrativos (ZULUAGA, 2007, p. 81).

Com isso, toda a jurisdição do contencioso administrativo, na qual poderia surgir uma demanda de inconstitucionalidade, relativamente aos decretos governamentais que não tivessem força de lei, seriam examinados pelo Conselho de Estado, cabendo os casos residuais à Suprema Corte

---

[13] "Según el artículo 40 de la C.P., 'La Constitucion es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales'. En virtud de la norma citada, las autoridades judiciales, sin importar la jurisdicción a la que pertenezcan y sin elevar a la Corte Constitucional incidente alguno de inconstitucionalidad – que no se contempla en la Constitución –, están obligadas, como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad que invoque una de las partes o de oficio, a inaplicar la ley que viole la Constitución. Si bien los jueces, en sus providencias, sólo están sumetidos 'al imperio de la ley' (C.P., art. 230), se ha entendido que el vocablo 'ley', en virtud del valor normativo de la Constitución, compreende a ésta y con primacia sobre las restantes fuentes del ordenamiento. Desde luego, sólo a través de los recursos judiciales puede controvertirse la validez de la apreciación que el juez del proceso haya hecho de la Constitución y de la ley en particular. Naturalmente, la intepretación eventual de la ley, por razones constitucionales, sólo tendrá efectos inter-partes" (MUÑOZ, 2000, p. 70).

de Justiça. Houve, ainda, em 1968, uma reforma que criou dentro da Corte Suprema uma "Sala Constitucional", ou seja, uma câmara encarregada especificamente de analisar a matéria constitucional, não obstante Carlos Restrepo Piedrahita, então Senador, tivesse proposto naquela ocasião a criação da Corte Constitucional (MESA, 1998, p. 606).

Segundo Zuluaga (2007, p. 82), sempre persistiu um anseio doutrinário entre os constitucionalistas colombianos, no sentido de estabelecer um único Tribunal Constitucional, cujo escopo seria realizar exclusivamente a jurisdição constitucional. Então, por meio da Constituição Política de 1991, instituiu-se a Corte Constitucional, à qual a Lei Máxima confiou "*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*", nos precisos termos do art. 239 da vigente Carta Política. Dessa maneira, na presente quadra da história, compete à Corte Constitucional, predominantemente, o exercício da jurisdição constitucional. Isso porque, tanto a Suprema Corte, quanto o Conselho de Estado, permanecem funcionando como juízes constitucionais.

Assim, o controle segue sendo difuso, uma vez que as ações de inconstitucionalidades contra os decretos (norma secundária) produzidos pelo Governo Nacional são examinadas pelo Conselho de Estado. Do mesmo modo, todos os juízes, consoante dispõe o art. 86 da Carta Política, sentenciam tutelas que desafiam inconstitucionalidades, participando ativamente do sistema de controle de constitucionalidade (WERKMEISTER, 2006, p. 68), paralelamente à Corte Constitucional.

Instalada em 17 de fevereiro de 1992, começou com quatro membros. Contudo, com a Lei nº 5 de 1992, passou a ter nova configuração (ZULUAGA, 2007, p. 83): hoje é composta por nove membros eleitos pelo Senado da República para um mandato de oito anos; três nomes são indicados pelo Presidente da República, três são indicados pela Corte Suprema de Justiça e três pelo Conselho de Estado[14]. Assim, a Corte Constitucional passa a conter em sua formação uma representação mais heterogênea, cujos representados são oriundos dos principais poderes da República, o que significou um crescimento qualitativo e quantitativo da atuação da Corte.

Comenta Naranjo Mesa, relativamente à nova maneira de composição do Tribunal Constitucional da Colômbia, malgrado submeta ao crivo do Senado a eleição das indicações, que não houve uma politização do órgão, uma vez que, dos noves magistrados, seis provêm diretamente dos tribunais judiciais, os quais, por sua vez, são recrutados por critérios estritamente técnicos e jurídicos (MESA, 1998, p. 612).

De acordo com Zuluaga, a Corte passou a ser um órgão de vanguarda no País, proporcionando um avanço significativo no pensamento constitucional colombiano. De feição ativista, o Tribunal Constitucional da Colômbia lançou arrojadas teses jurídicas, dado o dinanismo, independência e autonomia que alcançou.

Entre os expoentes está o magistrado Ciro Angarita Barón, que, na *Sentencia de Tutela 406* de 1992, defendia a necessidade de um novo constitucionalismo para a América Latina, fundado numa nova maneira de interpretar o Direito, deixando-se de lado o culto ao texto legal e preocupando-se muito mais com a justiça material, de modo a dar mais ênfase aos valores

[14] Em relação aos predicados necessários para ser indicado magistrado da Corte Constitucional, convém ressaltar a possibilidade de o professor universitário titular de cátedra ser indicado como tal; assim ensina Emilia Girón Reguera: "Para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere ser colombiano de nascimiento y abogado, no hacer sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos y haber desempeñado, durante diez años, cargos en la rama judicial o en el ministerio público, o haber ejercido, con buen crédito, la profesión de abogado o la cátedra universitária en disciplinas jurídicas" (REGUERA, 2006).

e princípios constitucionais, de maneira que era "*determinante el papel de juez en la construcción del Estado social, democrático y de derecho*", no afã de estabelecer naquele país uma justiça distributiva (ZULUAGA, 2007, p. 85).

Por força do art. 243 da Constituição de 1991, conferiu-se às decisões da Corte Constitucional o atributo da coisa julgada constitucional[15], de maneira que nenhuma outra autoridade poderá reproduzir o conteúdo material de um ato declarado inexequível pelo Tribunal, enquanto permanecer o parâmetro contitucional na Carta Política (HERREROS, 2007, p. 208).

Em relação aos efeitos, decidiu a Corte, na *Sentencia C – 113/03*, que eles não são exclusivamente *ex nunc*. Pode, todavia, modulá-los, embora prevaleça na prática efeitos para o futuro. Porém, em certos casos, de maneira a evitar a consolidação de situações arbitrárias, empresta efeitos temporais às suas decisões (MUÑOZ, 2000, p. 74).

Todavia, ressalta Naranjo Mesa que a declaração de constitucionalidade de uma norma não obsta o juiz de pronunciar-se contrário a ela por circunstâncias particulares que o caso concreto reclame quando necessário para proteger um direito constitucional não considerado pela Corte. Por conseguinte, o magistrado poderá *ex officio* consultar o Tribunal para esclarecer o alcance da decisão proclamada pela Corte (MESA, 1998, p. 621).

E, ainda, convém destacar que o Tribunal poderá, em vez de declarar inconstitucional o dispositivo vergastado, propor uma interpretação constitucionalmente sustentável. Assim, nas circunstâncias em que subsistem diversos sentidos, prefere-se emprestar uma sentença interpretativa[16].

Em relação aos direitos tutelados pela *acción pública de inconstitucionalidad*, todos os que estão previstos na Carta Política de 1991, especialmente os que versam sobre direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A propósito, mencione-se a *Sentencia C – 356/94*, do Magistrado Ponente Fabio Diaz, por meio da qual os cidadãos Luz Bernal, José Picon e Luis Uribe, impugnaram o art. 8 do Decreto 1.214/1990, que excluía, da carreira da administração pública, empregados civis do Ministério da Defesa. Na decisão, a Corte declarou inexequível aquele dispositivo, por entender que a qualidade de servidor civil, por si só, não justificava sua exclusão da respectiva carreira administrativa, mesmo no âmbito militar (COLOMBIA, 1994).

Igualmente, subsistem diversos mecanismos reservados ao controle de constitucionalidade no âmbito da Corte Constitucional: (a) *acción de inconstitucionalidad*; (b) *excepción de incons-*

[15] "Art. 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

[16] "Se pueden establecer algunos criterios sobre la manera como la Corte Constitucional debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos sobre normas legales. 1. Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios. 2. Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico. 3. Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento" (COLOMBIA, 1997).

titucionalidad (controle concreto)[17]; (c) *control previo* (revisão prévia dos projetos pertinentes a Estatutos e exame das objeções presidenciais de projetos de leis por razões de inconstitucionalidade); (d) *controle oficioso de constitucionalidad* (tratados internacionais e leis que os aprovam e decretos expedidos no Estado de Exceção). Esses, portanto, são os tipos de procedimento adotados na jurisdição constitucional da Colômbia.

Porém, para o presente estudo, considerando a peculiaridade de poder ser manejada pelo cidadão colombiano, a *acción pública de inconstitucionalidad* será mais bem examinada no tópico a seguir.

3. A *acción pública de inconstitucionalidad* perante a Corte Constitucional da Colômbia

Divisam-se diversos procedimentos relacionados ao controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional da Colômbia. O art. 40.6 da Carta Política de 1991 enuncia que todo o cidadão pode interpor ações públicas em defesa da Lei e da Constituição.

Assim, tem-se a ação pública de inconstitucionalidade, por meio da qual todo cidadão pode demandar diretamente, sem a necessidade de demonstrar interesse particular e sem vínculo processual, qualquer lei ou decreto com força de lei que entenda ser inconstitucional (REGUERA, 2006).

Nas palavras de Naranjo Mesa, cuida-se de signficativo mecanismo de controle constitucional popular inaugurado na pretérita Constituição de 1910:

> "*En orden a instituir la Constitución como primer fundamento del sistema jurídico colombiano, el artículo 4º de la Carta dispone que la constitución es norma de normas y que en caso de que exista incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales. La consecuencia obvia al principio de que la ley debe estar subordinada a la Constitución y, por tanto, a que su contenido material se encuentre acorde con el texto superior, es, precisamente, el establecimiento de mecanismos de control que permitan garantizar la operancia de ese fundamento de Estado –la supralegalidad de la Constitución frente al derecho interno–. En Colombia, el control de constitucionalidad se ejerce por los ciudadanos a través de una acción pública de carácter jurisdiccional cuya finalidad es retirar o mantener en el ordenamiento una norma, según ésta sea o no exequible, por medio de una decisión que tiene efectos erga omnes. Esta acción, que representa una conquista propia de las democracias participativas, se consagró por primera vez en la Ley 2ª de 1904 –para los decretos*

[17] De acordo com Eduardo Muñoz (2000, p. 70), tendo em conta o disposto no art. 4 da Carta Política de 1991 (supremacia das normas constitucionais), as autoridades judiciais, independente do tipo de jurisdição, não poderão aplicar lei que contrarie a Constituição.

leyes– y, posteriormente, en el Acto legislativo No 3 de 1910 –para las leyes en sentido formal y material. Actualmente, el artículo 40 de la Constitución de 1991, al reconocerle a todo ciudadano el derecho 'a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político', lo faculta para 'Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley'" (COLOMBIA, 2000).

Ou seja, todo cidadão pode propor uma ação pública de inconstitucionalidade. Trata-se de uma ação popular e de caráter político. Por meio dela, os cidadãos participam com o objetivo de impugnar ou defender norma ou projeto sujeito ao controle constitucional.

Lembra Muñoz, inclusive, que a Corte Constitucional reconheceu essa legitimidade também à pessoa jurídica, conforme a *Sentencia C – 003/93*, do Magistrado Ponente Alejandro Caballero (MUÑOZ, 2000, p. 72). Porém, o que realmente caracteriza a ação pública de inconstitucionalidade é que a qualidade de cidadão é requisito suficiente para manejá-la (COLOMBIA, 2000).

Traduz, na visão de Emília Reguera (2006), "*un derecho de participación política, como una de las herramientas más preciadas para realización del principio de democracia participativa*". É uma medida prática, dado que não requer tantas formalidades, até porque dificultaria o objetivo da faculdade normativa, consistente em permitir maior participação dos cidadãos na defesa da Constituição.[18]

Nos termos do art. 2 do Decreto nº 2.067 de 1991, a ação pública de inconstitucionalidade pode ser apresentada por escrito, necessitando, para o seu processamento, declinar o objeto demandado, ou seja, as normas consideradas inconstitucionais, e transcrevê-las na íntegra; os preceitos que estão sendo transgredidos; expor o conteúdo das disposições constitucionais que contendem com as normas demandadas; apresentar as razões pelas quais a Corte Constitucional é competente para examinar a questão.

Assim, poderá a ação pública de inconstitucionalidade ser examinada pelo Tribunal Constitucional. Em todo caso, o exame desses pressupostos não pode ser rigoroso, sob pena de engessar o procedimento. É que o direito substancial prevalece sobre o formal, no afã de permitir o acesso à justiça e a participação democrática, considerando o caráter cidadão dessa técnica jurídica (REGUERA, 2006).

Esse entendimento concernente ao direito substancial de participação política prevaleceu na *acción pública de inconstitucionalidad* proposta

---

[18] Nessa direção, comenta Emília Girón (2006) para a qual "se trata de una acción informal que no está sometida a complicadas exigencias, en la medida de que cuantos más formalismos se le imprima y más se especialice el lenguaje para interponerla, menor será el número de ciudadanos habilitados para accionar en defensa del texto fundamental, lo que, se afirma, restringiría ilegítimamente el caráter democrático de este medio de control constituiconal".

por Luis Camilo Osorio Izasa, por meio da qual impugna o art. 90 da Lei nº 617 de 2000. Na *Sentencia C-802/2002*, proclamou a Corte que basta a condição de cidadão para propor a ação pública de inconstitucionalidade (COLOMBIA, 2002). Em mais de um pronunciamento, o Tribunal asseverou a importância desse instrumento no desenvolvimento da participação popular na jurisdição constitucional, consoante se observa na *Sentencia C-032/08*, segundo a qual a ação pública de inconstitucionalidade desenvolve os direitos dos cidadãos de participarem da conformação, do exercício e do controle do poder político, nos termos do art. 40 e 229 da Constituição de 1991. Por isso mesmo, seu exercício não pode sucumbir diante de estritas formalidades, nem de requisitos que emperrem o acesso à justiça para defender a Constituição e tornar eficaz a democracia participativa[19].

Não obstante o reconhecimento do direito substancial à participação política, o Tribunal, tendo como exequível o art. 2 do Decreto 2.067/1991, fixou determinadas condições mínimas para o processamento da *acción de inconstitucionalidad*. Nos termos da *Sentencia C – 131/03*, estabeleceu-se que essa demanda seria processada caso contivesse: "*i) las normas que se acusan como inconstitucionales, ii) las normas superiores que se consideran vulneradas, iii) las razones por las que la Corte Constitucional es competente para conocer la demanda y, iv) los motivos por los cuales se estima que las disposiciones constitucionales han sido infringidas*" (COLOMBIA, 2003).

Por todas as características expostas, impõe-se frisar que o controle desencadeado pela ação pública de constitucionalidade consiste num controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque não reclama a exposição de um caso concreto. Basta, tão somente, ao cidadão propor perante a Corte, consoante os mínimos requisitos acima comentados, a impugnação direta do dispositivo normativo. Daí, a ação dá lugar a um processo constitucional próprio e independente.

Em seguida, o *magistrado sustanciador* decide sobre sua admissibilidade no prazo de dez dias; ao recebê-la, permitirá, pelo mesmo prazo, que qualquer cidadão a impugne ou a defenda. Depois disso, o processo segue para o Procurador-Geral da Nação emitir parecer no prazo de trinta dias. Encerrado o prazo, o magistrado propõe o projeto de sentença nos trinta dias seguintes, cabendo ao Pleno (*Sala Plena*) pronunciar a sentença no prazo de sessenta dias (REGUERA, 2006).

---

[19] "En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha recordado que la acción pública de inconstitucionalidad desarrolla los derechos de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículos 40 y 229 de la Carta), por lo que su ejercicio no puede estar sometido a estrictas formalidades ni a requisitos especiales que dificulten el acceso a la justicia para defender la Constitución y hacer eficaz la democracia participativa" (COLOMBIA, 2008).

Percebe-se, por conseguinte, que a ação pública de inconstitucionalidade, no sistema colombiano, representa um singular modelo de participação cidadã na condução do controle de constitucionalidade por via da ação. É singela a possiblidade de qualquer cidadão acionar diretamente o controle concentrado de constitucionalidade. Aliás, como bem ressaltou Emília Girón Reguera (2006), nos demais processos de constitucionalidade que tramitam no Tribunal, existe um similar procedimento, configurado pela admissão do trâmite, o pronunciamento do Procurador-Geral, a intervenção dos cidadãos, registro do pronunciamento do magistrado propositor e expedição da sentença.

4. Participação na jurisdição constitucional: comparação entre os sistemas colombiano e brasileiro

No Brasil, o cidadão não participa e nunca participou diretamente do controle abstrato de constitucionalidade.

Desde a proclamação da independência em 1822 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia o que dizer sobre o efetivo controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. É verdade, porém, que, com a Emenda à Constituição 16, de 26 de novembro de 1965, se introduziu a ação genérica de inconstitucionalidade[20]. No entanto, só o Procurador-Geral da República poderia propô-la[21]. E mais, cabia ao mesmo, com ampla discricionariedade, examinar a pertinência do seu ajuizamento (BARROSO, 2011, p. 182). Percebe-se, consequentemente, que pouco se avançou em relação à jurisdição constitucional nesse período, marcado pelo cerceamento da cidadania perpetrada pela ditadura militar[22].

Agora, com a Constituição Federal de 1988, rompeu-se o monopólio do Procurador-Geral da República. Daí, o controle concentrado de constitucionalidade realizado perante o Supremo Tribunal Federal passou

---

[20] Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 85), a denominada representação interventiva prevista na Constituição de 1934 correspondeu a uma espécie de controle por via principal e concentrado de constitucionalidade. Na visão de Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 60), referida representação interventiva consistiu numa "antecessora do controle abstrato de normas no direito brasileiro". Para Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 159), o controle concentrado começou de maneira tímida, com a representação interventiva de 1934.

[21] A propósito, comenta Barroso (2011, p. 182) que "o Procurador-geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim, o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo".

[22] Há quem teça bons comentários, e mesmo avanços significativos relacionados ao controle abstrato naquele período nebuloso da história nacional, quando diversos direitos fundamentais eram tolhidos sem uma única Corte que os defendesse. Para tanto, conferir Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 64-81).

a ser provocado exclusivamente pelos autores previstos no art. 103 da Constituição Federal de 1988[23].

Paulo Bonavides (2007, p. 327), a propósito do tema relacionado à introdução da via de ação no controle de constitucionalidade brasileiro, registra que ele "ocorreu com enorme atraso e lentidão". E, ainda, podemos dizer: de maneira restrita – sem embargo da legitimidade dos partidos políticos e das associações, o que de maneira positiva permite mais cidadania perante a Corte Suprema. De qualquer sorte, não há espaço para o cidadão propor diretamente uma ação de inconstitucionalidade, a exemplo do que ocorre na Colômbia.

Todavia, na perspectiva da sociedade aberta, todos os cidadãos são considerados intérpretes potenciais da Constituição. A par disso, consoante adverte Peter Häberle, "os tribunais devem ser extremamente cautelosos na aferição da legitimidade das decisões do legislador democrático" (HÄBERLE, 1997, p. 44), sob pena de mitigar a legitimação democrática das decisões legislativas. Há regras, produzidas pelo Parlamento, que nascem sob controle rigoroso da opinião pública. Por isso, o processo constitucional deve permitir maior participação por meio de instrumentos plurais que democratizem a interpretação constitucional[24].

De maneira a democratizar o debate, instituiu-se no processo constitucional brasileiro o *amicus curiae*, que, na conceituação de Cássio Scarpinella Bueno (2005, p. 125), corresponde ao "terceiro que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, quiçá indispensáveis para o julgamento da causa".

Nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, determinados órgãos ou entidades representativas podem opinar sobre a matéria examinada

---

[23] Desse modo, podem ajuizar ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade: a) Presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Mesa das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) Governador; f) Procurador-Geral da República; g) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) Partido Político com representação no Congresso; i) Confederação sindical ou entidade de classe.

[24] "Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídica material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui" (HÄBERLE, 1997, p. 48).

na Suprema Corte, desde que relevante à discussão. Decerto, essa participação pluraliza o debate constitucional, por isso mesmo merece ser ampliada e aprimorada.

Assim, seria interessante a participação direta do cidadão na Corte, na condição de *amicus curiae*. Por enquanto, o Supremo Tribunal Federal não admite essa possiblidade. Nos respectivos precedentes[25], mostra-se contrário a qualquer redução das exigências previstas naquele § 2º, de modo que só entidades com personalidade jurídica podem peticionar admissão na qualidade de *friend of the Court*[26].

Pode-se, ainda, considerar a realização de audiências públicas como hipótese de participação no processo constitucional de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, prevista expressamente no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999. Nesse caso, o relator poderá convocar uma audiência pública, a fim de ouvir *experts* e autoridades na matéria, de maneira a melhor subsidiar o ministro na elaboração do seu voto, de conseguinte, na sua decisão[27].

Na experiência colombiana, qualquer magistrado pode convocar uma audiência pública, com o escopo de ouvir qualquer um que tenha concorrido na elaboração da norma; e, ainda, ouvir respostas do próprio demandante sobre os argumentos expostos na impugnação, permitindo esclarecer melhor os fatos que possam ser relevantes para a decisão a ser proferida pela Corte Constitucional.

Poderá também convidar, para sustentação oral, qualquer pessoa que tenha intervindo, ora sindicando, ora defendendo as normas submetidas ao controle. Além disso, o magistrado que presidir a audiência pública poderá convidar autoridade pública, organizações privadas e peritos na matéria relacionada ao processo (MESA, 1998, p. 620).

Com efeito, observa-se que a jurisdição constitucional colombiana contém, desde a primeira reforma constitucional promovida em 1910, um dos mecanismos mais vanguardistas no controle de constitucionalidade, consistente na *acción pública de inconstitucionalidad.* Por meio desse instrumento, qualquer cidadão pode questionar diante da Corte Constitucional a validade de uma norma. Isso significa, em última análise, o verdadeiro exercício da democracia direta, onde a soberania popular se encontra com a cidadania na sua mais significativa expressão.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, depende de quem ostenta o direito de propositura ou legitimação para agir *in abstrato*, a garantia e efetividade da jurisdição constitucional, pois, se por um lado a limitação pode subtrair a eficácia do controle abstrato de normas, por outro, "uma legitimação ampla importaria, inevitavelmente, numa sobrecarga de trabalho para o Tribunal, com queda da qualidade de seus julgados e a obrigação de ocupar-se de questões de importância menor" (MENDES, 1996, p. 87).

Na Áustria de 1920, só o Governo Federal poderia desencadear o controle perante o Tri-

[25] Cf. BRASIL, 2013.

[26] Na experiência jurídica norte-americana, entre inúmeros exemplos, tem-se a presença do *amicus curiae* no caso *Webster v. Reproductive Health Services – 492 U.S. 490 [1989]*, em que se discutia a permissão do aborto, no afã de rever o entendimento fixado no case *Roe v. Wade*. Nesse julgamento, noticia Dworkin (1996, apud MARTINS; MENDES, 2001, p. 182), a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande número de organizações contra o aborto.

[27] "Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

bunal. Em 1975, permitiu-se à minoria parlamentar. Na experiência portuguesa, pela redação do art. 281 da Constituição de 1976[28] (MIRANDA, 2005, p. 117), há um plexo de legitimados, modelo semelhante seguido pela Espanha e pelo Brasil. Na Alemanha, existe também uma limitação, pois "a Lei Fundamental de Bonn fixa, expressamente, os órgãos autorizadores que propõem o controle abstrato de normas (art. 93, § 1º, n. 2)" (MENDES, loc. cit).

A propósito, convém enaltecer que houve uma tentativa de permitir uma participação ativa do cidadão na jurisdição constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

No projeto encaminhado e aprovado pelo Congresso Nacional, que resultou na edição da Lei nº 9.882/1999, disciplinando a arguição do descumprimento de preceito fundamental (ADPF), exposto no art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, permitia-se a "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" propor a respectiva ADPF, nos precisos termos do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.882/1999. Mas esse dispositivo foi vetado, de maneira que somente os legitimados para ajuizarem ações de inconstitucionalidade podem propor ADPF[29].

Entre os argumentos expostos pela Presidência está o de que a extensão dos autores emperraria o Supremo pelo excesso de demandas, muitas das quais sequer pertinentes; e, ainda, os legitimados previstos no art.

---

[28] No caso português, Canotilho (1997, p. 979) anota que nada obsta os cidadãos peticionarem aos orgãos legitimados para que possam acionar o respectivo controle de constitucionalidade.

[29] Eis, à guisa de ilustração, quais as razões do mencionado veto: "A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por 'qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público'. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento" (BRASIL, 1999)).

103 da Carta de 1988 cumprem o propósito da representação social e da assistência à cidadania.

Não parece, porém, consistente a limitação dos legitimados fundada na consequente sobrecarga do Tribunal. Em verdade, convém à própria Corte Constitucional estabelecer qual plexo de matérias constitucionais merece pronunciamento do Tribunal Maior. Assim, evitar-se-ia a explosão de matérias à espera de pronunciamento do Supremo. Mais uma vez, observa-se um apego demasiado ao procedimentalismo que permeou o século passado, em vez de concentrar esforços no âmago material das demandas constitucionais. Em poucas palavras: não é a forma, mas o conteúdo que importa.

Paulo Bonavides (2004, p. 32), quando propõe a necessária regeneração dos Poderes, enuncia que ela só ocorrerá por meio de uma reviravolta ética, que depende de uma revolução da legitimidade, que só a democracia direta pode provocar[30].

Na Colômbia, o controle de constitucionalidade percorre um caminho participativo, no qual o cidadão tem efetivo acesso à justiça e à participação política, por meio da *acción pública de inconstitucionalidad* diante da Corte Constitucional. No Brasil, há de se esperar que, para quem sabe num encruzamento latino-americano, se possa despertar para uma circunstância, a toda evidência enunciada na própria Constituição Federal: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição"[31] (BRASIL, 1988).

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEARD, Charles. A. *A suprema côrte e a Constituição*. Tradução Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

______. *A constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

---

[30] Para o autor cearense, "A democracia é como a liberdade, que, aliás, constitui o seu pressuposto básico: não sobrevive sem o oxigênio do debate que os pulmões do homem político respiram. Isto quer dizer que ela precisa exercitar-se, e para que o exercício se faça exeqüível, que seja posta de pé imediatamente, de modo a dar os primeiros passos e iniciar aquela caminhada que faz livres os homens e fortes as instituições" (BONAVIDES, 2004, p. 32).

[31] Art. 1º, parágrafo único, da CF/88.

BORDA, Luis Villar. Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de La Constituición. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá, Universidad Externato da Colombia, n. 9, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

______. Mensagem n. 1.807, de 3 de dezembro de 1999. *Presidência da República*, Brasília, 3 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 9 set. 2014.

______. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 16 jul. 2014.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.874. Relator: Rosa Weber. Brasília, DJe, 27 ago. 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24116218/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4874-df-stf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COLOMBIA. Acto legislativo n. 3. Reformatorio de la constitución nacional. *Asamblea Nacional de Colombia,* 31 de octubre de 1910.

______. Demanda de inconstitucionalidad-titularidad/derechos politicos-titularidad. Sentencia C – 003/93. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. DJe, 14 jan. 1993. Santa Fe de Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia,* 1993.Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-003-93.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

______. Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 8º. (parcial) y 23 (parcial), del Decreto 1214 de 1990. Carrera Administrativa. Traslado Obligatorio. Personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Sentencia C – 356/94. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Moron Diaz. DJe, 11 ago. 1994. Santafe de Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 1994. Disponível em: < http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-356-94.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

______. Acción de reintegro o indemnizacion-a criterio del juez/juez laboral-facultades de apreciación. Sentencia C – 594/97. Demandante: Jorge Luis Pabon Apicella. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Marínez Caballero. DJe, 20 nov. 1997. Santa Fe de Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia,* 1997. Disponível em: < http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-594-97.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

______. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 29, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47 y 48 (parciales) de la Ley 141 de 1994. Sentencia C – 562/00. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. DJe, 17 maio 2000. Santafe de Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 2000. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-562-00.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

______. Control de constitucionalidad de decreto declaratorio de conmocion interior-etapas en la historia del derecho constitucional colombiano sobre la competencia. Sentencia C – 802/02. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. DJe, 2 out. 2002. Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 2002. Disponível em: < http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-802-02.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

______. Proceso de responsabilidad fiscal. demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Sentencia C-131/03. Magistrado

ponente: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa. DJe, 18 fev. 2003. Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 2003. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-131-03.htm.>. Acesso em: 15 jul. 2014.

______. Accion publica de inconstitucionalidad-ineptitud del cargo por afectación de la autonomía universitaria. Sentencia C – 032/08. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 131 (parcial) de la Ley 100 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. DJe, 23 jan. 2008. Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 2008. Disponível em: < http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-032-08.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade:* teoria e prática. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2007.

GARCÍA-HERRERO, Orlando. *Apuntes de derecho constitucional colombiano.* Bogotá: Universidad Sergio Arboleta, 2007.

HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

MARTINS, Ives Gandra.; MENDES, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.

MESA, Vladimiro Naranjo. La nueva jurisdicción constitucional colombiana. In: *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional:* tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. Informe sobre la jurisdicción constituicional en Colombia. *Ius Et Praxis.* Talca, Universidade de Talca, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Triunfo de Sieyés*. Revista CEJ. Brasília: 2010.

_______. Controle de Constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

SHEPPARD, Steve. The Selected Writings and Speecher of Sir Edward Coke. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, v.1.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* Curitiba: Juruá, 2006.

REGUERA, Emília Girón. El control de constitucionalidad en Colombia. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

ZULUAGA, Luis Ociel Castaño. Anotaciones sobre la jurisdicción constituicional colombianca en la carta política de 1991. *Dikaion.* Chia, Universidade de La Sabana, 2007.

WERKMEISTER, Christian H. *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales en Alemania y Colombia:* una comparación. (Tese de graduação), Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.

Rosenfeld e a decisão do STF sobre a união homoafetiva

LEONARDO MUNDIM

Sumário

1. Introdução

1.1. A temática de Michel Rosenfeld

No brilhante ensaio intitulado "A Identidade do Sujeito Constitucional", traduzido no Brasil pelo Prof. Menelick de Carvalho Netto, Michel Rosenfeld (2003) busca desenvolver uma doutrina de conciliação e reconciliação de valores e paradigmas, manejando aspectos de sociedade e constitucionalismo, e o faz por uma análise desconstrutiva e em seguida reconstrutiva do discurso constitucional.

Essa análise parte da percepção do vazio e da incompletude do que ele chama de sujeito constitucional, e o seu resultado, como bem destacado na apresentação feita pelo tradutor, é:

> "a dinâmica incorporação de uma tensão permanente, imprescindível à atual abordagem constitucional, entre um enfoque sociológico e desconstrutivo, crítico das possibilidades de abuso sempre permanentes no Direito Constitucional, e a perspectiva interna e reconstrutiva, capaz de garantir a inafastabilidade dos princípios da igualdade da liberdade reciprocamente reconhecidos por todos os membros da comunidade política a si mesmos" (ROSENFELD, 2003, p. 14).

Leonardo Mundim é advogado e conselheiro da OAB/DF. Professor-titular do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Análise da Constitucionalidade (UnB/UNILEGIS).

De fato, a necessidade de enxergar ou construir meios de ligação, ou de interação e pacífica convivência, ou ao menos de tolerância recíproca entre o *eu* e o *outro*, é um dos símbolos aparentes do rico texto, que encontra ápices de racionalidade na avaliação, inclusive sob o ponto de vista do contexto sociocultural de época, de julgados historicamente relevantes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA).

Destacam-se, nesse ponto, os casos Dred Scott v. Stanford – em que se debateu se um ex-escravo afroamericano, liberto pela entrada em território federal, poderia voltar a ser escravizado ao retornar para o Estado onde residia o antigo "dono" –; Plessy v. Ferguson – referente a uma lei estadual que separava brancos e negros no transporte público –; Brown v. Board of Education – que tratava de segregação escolar entre brancos e negros –; Roe v. Wade – em que se reconheceu pela primeira vez um direito constitucional ao aborto –; Bowers v. Hardwick – no qual se pedia que o sexo homossexual entre adultos fosse considerado protegido pelo direito constitucional à privacidade –; Griswold v. Connecticut – em que se questionava a vedação estatal ao uso de contraceptivos –; e Michael H. v. Gerald D. – que trazia o pedido de um pai biológico contra quem era o "pai presumido" em decorrência de relação matrimonial contemporânea à concepção da criança.

Com maestria, Rosenfeld (2003) identifica o instrumental do discurso constitucional em três elementos-pilares: negação, metáfora e metonímia.

A *negação* consistiria inicialmente na rejeição e repúdio de identidades ou concepções antecedentes e tradicionais, com vistas ao alcance de uma identidade própria da nova ordem constitucional, seja ela nova pelo tempo, seja ela nova pela mudança de interpretação. Tal negação, segundo o autor, passa depois por duas outras fases, inicialmente buscando uma identidade positiva – inclusive com readmissão ponderada de posturas outrora simplesmente negadas –, seguindo-se um estágio de autoafirmação, no qual o sujeito constitucional se compreende como gerente da sua própria moldura, num ato de refinamento dos valores e concepções que lhe parecem interessantes.

A *metáfora* consistiria na adoção de "similaridades e equivalências para forjar vínculos de identidade" (ROSENFELD, 2003, p. 61), reforçando, no campo discursivo, o aspecto da identidade, com consequente redução do peso da diferença. A utilização (exatamente metafórica) pelo autor do verbo "forjar" (inventar, maquinar) coaduna-se com sua afirmação subsequente de que "a argumentação jurídica repousa destacadamente sobre o estabelecimento de analogias e similaridades" (ROSENFELD, 2003, p. 63). Ou seja, o uso da metáfora serve para conferir conectividade ao discurso, permitindo o trato de uma situação a partir de pontos referenciais de conexão com outra situação mais conhecida e pacificada.

E a *metonímia* trabalha a questão do contexto, servindo para evocar as diferenças e alcançar a especificidade de cada situação submetida à análise constitucional. Enquanto a metáfora trabalha com a similaridade, a metonímia promove a análise a partir da contiguidade (vizinhança). O uso da metonímia, contudo, exige redobrada atenção, tendo em vista o risco, adequadamente mencionado por Rosenfeld (2003, p. 70), de que a excessiva contextualização tornaria a situação única, e portanto insolúvel pelas concepções normativas existentes – as quais, por natureza, na verdade se apegam mais a uma abrangência abstrata ou abstratizante, do que a um foco casuístico.

A eventual concretização dessa unicidade absoluta seria também potencialmente deturpante porque, segundo Rosenfeld (2003, p. 72,

nota de rodapé), "as exatas limitações [da contextualização metonímica], em um dado caso, tendem a ser determinadas pelos objetivos e interesses de seus proponentes".

Enfim, os três elementos mencionados – negação, metáfora e metonímia –, não aparecem isolados no discurso constitucional, e nem servem organizadamente a um único lado do debate. Pelo contrário:

> "A interação entre os aparatos da negação, da metáfora e da metonímia [...] ocorre em vários níveis distintos resultando em múltiplas combinações e interseções, que têm que ser integradas com sucesso para apresentar uma avaliação exaustiva da formação, da evolução e da dissolução reconstrutivas das identidades constitucionais" (ROSENFELD, 2003, p. 82).

1.2. A possibilidade de avaliação da decisão do Supremo Tribunal Federal à luz do texto de Rosenfeld

O objetivo deste artigo é analisar, à luz do mencionado texto de Rosenfeld (2003), a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas ações constitucionais ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 132 e ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.277, em acórdão de 5 de maio de 2011, na qual se reconheceu a existência e validade jurídica, no Brasil, da união estável entre pessoas do mesmo sexo – união homoafetiva.

É verdade que, numa abordagem preliminar, observa-se que, em parelha com a percepção teorética, Rosenfeld avalia situações do cotidiano do discurso constitucional mediante análise concreta de casos julgados pela Suprema Corte dos EUA. Essa circunstância – a aproximação contextual de Rosenfeld com a vivência e a história da sociedade norte-americana – poderia, em tese, inviabilizar uma análise de julgado da Suprema Corte brasileira, sob os parâmetros da doutrina estrangeira.

Entretanto, está-se diante de duas nações que guardam interessantes similitudes históricas e também institucionais. São duas nações americanas de dimensões continentais, inauguradas por europeus. Ambas apresentam população multiétnica e multirracial desenhada pela forte imigração, e dentro delas convivem milhões de pessoas com diferentes credos e visões de mundo, o que sobreleva a importância da consideração do pluralismo na tomada de decisões.

Acresça-se que a estrutura republicana brasileira adotou o modelo norte-americano no aspecto institucional desde a edição do Decreto nº 510, de 22 de Julho de 1890 – que trazia o próprio texto da vindoura Constituição de 1891 –, o que se mantém em linhas gerais até a presente data, inclusive no tocante à eficácia da palavra final do Poder Judiciário

sobre diversas questões nacionais relevantes, tanto na seara política quanto no campo social.

Ademais, o texto de Rosenfeld não se limita a um detalhamento concreto de decisões judiciárias norte-americanas, e sim trespassa sua análise com conceitos capitais de direito constitucional ocidental, incluindo democracia, pluralismo e missão das cortes constitucionais, o que permite inferir seu caráter universal ou universalizante, autorizando a análise ora pretendida.

2. A natureza e o resultado prático da decisão do STF

É curioso notar que a decisão proferida pelo STF no caso da união homoafetiva traz, em si mesma, e desde a ideia inicial, uma concepção de comparação metafórica. A causa de pedir, em ambas as ações conjuntamente julgadas, foi respaldada no pleito de fixação e conferência de eficácia às similitudes entre as uniões ali chamadas "heteroafetivas" – ou seja, laceadas entre pessoas de sexo oposto –, e as homoafetivas – engendradas no plano fático entre pessoas do mesmo sexo.

O resultado final foi o reconhecimento, por unanimidade, a partir do voto do Ministro Relator Ayres Britto, de existência e validade jurídica à união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que obervados os mesmos requisitos legais para a configuração da união estável entre homem e mulher: "durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família" (BRASIL, 2011).

O embate filosófico e também filológico entre visões de mundos igualmente presentes na sociedade brasileira bem reflete – e aqui a primeira conexão com o texto acadêmico estudado – a questão da dicotomia e a necessidade de "conciliação de posições" entre o *eu* e o *outro*.

Para Rosenfeld, "a questão do sujeito emerge da necessidade do confronto com o outro" (2003, p. 29), e obviamente a conciliação tende a ser perfeita apenas no campo da retórica, já que, segundo o mesmo autor, "não há como superar a separação entre o *eu* (*self*) e o *outro*", e isso explica "o desejo [de uma comunidade política] de se tornar envolta por uma identidade constitucional compartilhada por todos" (2003, p. 111).

Assim, deve-se considerar que tanto a tese vencedora quanto a tese vencida no julgamento do STF poderiam, em abstrato, ser deduzidas do texto constitucional e defendidas dentro dele. Tal perspectiva aumentou a necessidade de a Corte extrair uma construção nova que, em vez de realçar os antagonismos, produzisse a aplicação da "vontade geral" – a qual, na visão de Rousseau (1762 apud ROSENFELD, 2003, p. 39), "não é nem a vontade do indivíduo, nem a da maioria", e sim "a soma das diferenças

entre as vontades individuais, ou o 'acordo de todos os interesses' que 'é produzido pela oposição recíproca de cada um com os demais'".

A propósito do suposto dilema, destaque-se o que disse o Prof. Menelick de Carvalho Netto na apresentação do texto de Rosenfeld (2003, p. 15):

> "A doutrina e os textos constitucionais atuais, como o da Constituição da República de 1988, aprenderam a lidar racionalmente com esse risco. As clássicas dicotomias que marcaram toda a construção e as distintas vivências constitucionais nos últimos dois séculos e meio de constitucionalismo não mais podem ser vistas como constituídas por polos antagônicos e excludentes entre si."

Vale dizer que a tese vencida no julgamento do STF não se opunha – ao menos na ponta aparente –, ao reconhecimento pleiteado pelos autores das ações constitucionais. Limitava-se à questão da competência deliberativa, defendendo que a matéria deveria ser tratada exclusivamente pelo Congresso Nacional, uma vez que a Constituição brasileira utiliza expressamente os termos "homem e mulher" na conceituação de *família*.

A tese vencedora por sua vez, apresentou a constatação, nas palavras do Ministro Relator, de que:

> "a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual 'tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido' (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei', e que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever)" (BRASIL, 2011).

A Constituição portanto, segundo a tese vencedora, delegou esse aspecto para a vida privada do cidadão. Mas também constituíram fundamento da tese alguns relevantes e autoaplicáveis princípios constitucionais explícitos e implícitos, como a dignidade da pessoa humana, direito à busca da felicidade, pluralismo e proibição de discriminação injustificada.

Apesar da unanimidade verificada, houve divergência parcial no tocante à fundamentação do acórdão, já que três Ministros delegavam ao Congresso Nacional a conformação legislativa posterior da decisão judicial, para a definição dos direitos que seriam compartilhados pela nova forma de união recém-reconhecida.

A maioria da Corte, porém, endossou o voto do Ministro Relator Ayres Britto, que igualava em todos os aspectos as uniões estáveis entre pessoas, independentemente do sexo, inclusive mencionando expressamente, em cinco trechos, a questão patrimonial, de herança e de adoção de crian-

ças e adolescentes (itens 19, 40, 44, 48 e 49 do Voto), além de deixar implícita a possibilidade de conversão em casamento na parte dispositiva do acórdão, adiante transcrita. Aliás, no item 47, subitem II.1 o Voto expressamente nega a tradição de casamento civil entre "homem e mulher", afirmando que a Constituição não usa tais substantivos ao tratar do instituto. Considerou-se, como um dos pressupostos para a decisão, que a definição de família na Constituição não se afigura excludente ou *numerus clausus*, de modo a admitir – como consectário lógico da ausência de proibição – a formatação de novos modelos derivados da autonomia da vontade.

Rosenfeld, sobre isso, transcreve fundamentos do voto do *Justice Brennan* no caso Michel H. v. Gerald D., no mesmo sentido de que o conceito de "família", no sistema jurídico, realmente não pode ser visto como taxativo:

> "Ainda que concordemos [...] que a 'família' [...] seja parte da boa vida, é absurdo presumir que possamos concordar acerca do conteúdo desses termos e destrutivo pretender que estamos de acordo sobre esse conteúdo." (2003, p. 101).

No acórdão, o Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011) (precisamente no item 44 do Voto) retoma o tema ao usar a metáfora de considerar a família como um "continente" apto a abarcar outras espécies não expressamente contempladas na Constituição, desde que verificada a comunhão de valores entre os seus componentes. Em termos objetivos, o STF, no uso de sua prerrogativa de "guardião da Constituição"[1], e mediante a técnica de "interpretação conforme", produziu leitura constitucional do art. 1.723 do Código Civil[2], no sentido de:

> "excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras *e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*[3]" (BRASIL, 2002, grifo nosso).

A decisão da Corte, que teve imediato efeito vinculante em face da Administração Pública federal, estadual e municipal e dos demais órgãos do Poder Judiciário[4], efetivamente trouxe novos rumos ao tema, como bem vaticinado no voto do Ministro Celso de Mello:

> "Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual" (BRASIL, 2011).

3. As conexões dialógicas específicas entre Rosenfeld e o STF

Os três elementos informados por Rosenfeld como ferramentas de reconstrução do discurso constitucional e identificados em julgamentos da Suprema Corte do EUA – negação, metáfora e metonímia – estão igualmente presentes no julgamento do STF sobre a união estável homoafetiva.

No presente tópico, a análise estará centrada prioritariamente no Voto do Ministro Ayres Britto – relator do processo judicial e cujas opiniões foram basicamente reprisadas pelos de-

---

[1] Cf. art. 12, *caput*, da CF/88.

[2] "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

[3] Cf. parte final da ementa do Acórdão (BRASIL, 2011). A respeito do trecho por nós destacado, a Constituição Federal prevê expressamente, entre as "consequências" da união estável heteroafetiva, a facilitação estatal para sua conversão em casamento – o que também consta da Lei nº 9.278/1996 como um dos direitos dos conviventes.

[4] Cf. art. 102, § 2º, da CF/88.

mais que o acompanharam –, destacando-se pontualmente o conteúdo de algumas manifestações relevantes ou inovadoras dos demais julgadores.

Para evitar repetições dispensáveis, a referência ao Voto do Ministro Ayres Britto será feita doravante apenas como "Voto", bem como à sua respectiva numeração por itens, conforme organização adotada pelo Ministro Relator.

Logo no início de seu Voto, o Ministro Relator refere-se ao "dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas", para em seguida afirmar que é "quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva." (item 16 do Voto). E reitera:

> "Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora [...]" (BRASIL, 2011).

Há aqui a identificação de uma *tradição* – o dissenso sobre a preferência sexual do outro, quando difere do "padrão social de heterossexualidade"–, e em seguida uma *negação à tradição* – a partir da crítica de temerariedade para a estabilidade social, vetustez e conservadorismo. A repreensão crítica a essa tradição é retomada no item 27 do Voto, em que se coloca o preconceito reinante como "juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela [...], a ferro e fogo de u'a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo"; e novamente frisada no item 32, ao falar de "barreiras artificial e raivosamente erguidas", embaraçamento de neurônios e "pequenez mental dos homens".

No início do voto do Ministro Marco Aurélio também se verifica essa negação da tradição, quando, citando Hart, afirma que "visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica" (BRASIL, 2011, p. 810-811). Disso tudo emerge naturalmente, no discurso constitucional, o desejo e a justificação para o banimento daquilo que foi negado/repreendido, abrindo espaço para o posterior preenchimento da ausência (*lack*) criada. A postura do Voto em iniciar com a negação é coerente com a manifestação de Rosenfeld no sentido de que, citando Hegel, "é a negação que fornece o vínculo fundamental entre o estágio inicial, no qual emerge o sujeito como uma mera carência, como uma ausência, um hiato e o estágio final no qual o sujeito se torna substância" (2003, p. 51). E, como lembra Rosenfeld,

> "os direitos constitucionais à liberdade são fundamentalmente contra-tradicionais, pois enquanto pretensões à liberdade em uma comunidade política democrática (*polity*) consubstanciam afirmações do direito de discordar das normas e valores sustentados pela maioria" (2003, p. 97).

No item 26 do Voto, fala-se expressamente em "similitude" e promove uma metáfora ao comparar a situação dos homossexuais, para o fim de assegurar a igualdade civil-moral, à situação dos "negros, índios, mulheres, portadores de deficiência física e/ou mental", acrescentando no item 28 o "nordestino" e "pessoas de pele avermelhada" (todos também alvo de injusto "preconceito da maioria"), utilizando assim um dos elementos de eficácia apontados por Rosenfeld, quando diz que "o pensamento metafórico conduz a um nível abstrato no qual cada indivíduo é igual a qualquer outro indivíduo" (2003, p. 67).

Nova metáfora de aproximação entre heterossexuais e homossexuais, dessa vez sob o pano de fundo do direito à busca da felicidade, é utilizada no item 34 do Voto: "se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente." E, atendendo à assertiva de Rosenfeld de que a "é através dessa interação [entre negação, metáfora e metonímia] que o discurso constitucional adquire um sentido determinado" (2003, p. 50), traz o item 32 uma metonímia ao afirmar que a proteção da dimensão sexual implica proteção do próprio ser humano como um todo, em seu aspecto psicossomático e espiritual. No item 38, subitem II, é reiterada essa metonímia, lançando a proteção da "preferência sexual" como proteção do próprio indivíduo.

O Voto atesta, ao final do item 32 e também no item 38, subitem III, que a sexualidade e o sexo entre adultos são protegidos pelo direito à intimidade e à privacidade. No mesmo item 38, subitem V, cria-se uma similitude entre as diversas manifestações de sexualidade (absenteísmo, onanismo, intercurso, emparceiramento), igualando-as sob o mesmo manto da "liberdade sexual", e concluindo (subitem VI) que "todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade".

Interessante observar que quando a Suprema Corte dos EUA julgou o caso Bowers v. Hardwick, chegou a conclusão exatamente oposta, tendo decidido que o sexo homossexual entre adultos não integraria o direito à privacidade, mantendo-se, na época, a intolerância que a legislação norte-americana estampava sobre o assunto. E, como lembra Rosenfeld (2003, p. 72), "para combater a metáfora do indivíduo autônomo que decide por si só, com plena responsabilidade e dignidade, acerca de suas

associações íntimas, os ministros da maioria recorreram essencialmente à contextualização metonímica".

Aliás, em ambos os julgamentos – o da Suprema Corte norte-americana e o da brasileira –, foi rememorado o histórico da criminalização do sexo homossexual[5]. Lá, porém, isso serviu, segundo Rosenfeld, para "apresentar o sexo homossexual como um 'desvio' ou uma 'anormalidade', e assim torná-lo discernível do tipo de sexo merecedor da proteção constitucional" (2003, p. 73). Aqui, ao contrário, serviu corretamente para evidenciar a total incompatibilidade da postura antiga com os novos tempos. No mesmo item 26, o Voto associa o pluralismo ao "bem":

> "Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos' (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). 'Bem de todos', portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, 'bem de todos' enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade."

E nisso, novamente, se aproxima de Rosenfeld (2003, p. 54), no trecho em que este preconiza "a implantação do pluralismo como uma concepção abrangente (*comprehensive*) do bem", afirmando ainda que "em termos mais amplos, o pluralismo busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas".

Outro tópico de interessante correlação entre os dois textos revela-se quando, no mesmo item 26, o Voto afirma que "o pluralismo serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários", o que é corroborado por Rosenfeld (2003, p. 74) a dizer que "ao constitucionalismo importa o pluralismo e a heterogeneidade".

O voto do Ministro Marco Aurélio reiterou com clareza a questão da laicidade do Estado brasileiro (BRASIL, 2011, p. 813):

> "As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual."

---

[5] Cf. Voto do Ministro Celso De Mello (BRASIL, 2011).

E para Rosenfeld (2003, p. 21) essa postura é altamente recomendável:

> "em um país com um forte compromisso constitucional com o pluralismo religioso, a identidade constitucional não somente deve se discernir de qualquer identidade religiosa, mas deve se colocar como uma barreira contra a possibilidade de a identidade nacional tornar-se subserviente aos dogmas fundamentais de qualquer religião."

Quanto à afirmação no Voto do Ministro Ayres Britto, já mencionada no início deste artigo, de que a Constituição brasileira nada disse sobre o tema em debate, Rosenfeld (2003, p. 18-19) já anunciava que tal incompletude do texto constitucional é até mesmo intrínseca à sua natureza:

> "Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de contemplar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis."

O voto do Ministro Celso de Mello traz profunda abordagem histórica, com aspectos fáticos e legislativos, narrando a repressão, o preconceito, a intolerância e a incompreensão que os grupos dominantes dirigiam contra os homossexuais. Essa percepção – de que o passado pré-moderno estampa casos em que a opção da maioria se dava mais pela supressão ou subordinação e menos pela tolerância ou acomodação – também não escapou a Rosenfeld (2003, p. 30):

> "Não se pretende dizer com isso que o mundo pré-moderno não experimentou sua dose própria de dissenso e de conflito interno, mas que ele tendia muito mais a suprimir ou subordinar os dissidentes do que a tolerar ou a acomodar aqueles que não se submetiam ao sistema normativo de valores endossado oficialmente."

E adiante, prossegue no tema o autor, que afirma: "antes da constitucionalização, esses interesses eram presas fáceis das tradições religiosas, dos costumes historicamente enraizados, da vontade das maiorias políticas, dos editos de um monarca." (2003, p. 99). Faltava encontrar o motivo das repetidas menções do texto constitucional à expressa "homem e mulher". Neste ponto, após análise concreta, o Voto do Ministro Ayres Britto recorre à contextualização para definir que a ideia do legislador de época foi atestar em definitivo a emancipação da mulher na sociedade brasileira, repudiando cabalmente o preconceito e a descabida pecha de inferiori-

zação de que a mulher era vítima. Do mesmo modo afirma o Voto que "numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz" (BRASIL, 2011, p. 653).

Tal tipo de avaliação contextualizada encontra ressonância em Rosenfeld (2003, p. 40), ao lembrar que o discurso constitucional:

> "deve ser construído, sobretudo, a partir de um texto constitucional que deve ser localizado em seu contexto próprio, levando em conta as restrições normativas e factuais relevantes. Como o texto é dependente do contexto e como o contexto é aberto-a-finalidades (*open-ended*) e sujeito a transformações ao longo do tempo, o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar a sua identidade."

E nesse aspecto, ao fazer referência ao caso norte-americano Roe v. Wade (em que, como dito, se reconheceu um direito constitucional ao aborto), Rosenfeld afirma expressamente que "envolveu construção criativa judicial" (2003, p. 45) – manifestando assim concordância com a prerrogativa das cortes constitucionais de verdadeiramente inovar na projeção de imagem da identidade constitucional.

A divergência havida no acórdão do STF, como dito no início deste artigo, partiu exatamente da compreensão de qual seria a força das restrições normativas e factuais, centrando-se o debate nos limites de atuação da Corte, ou seja, se poderia ou não promover construção criativa. O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, objetivando o estabelecimento de uma identidade constitucional referente ao tema para o respaldo de seu ponto de vista – igualmente respeitável, obviamente –, tentou resgatar os debates históricos dos parlamentares constituintes, quando da aprovação do art. 226, § 3º da Constituição. E o fez inclusive com a transcrição literal de trecho das manifestações de época, buscando assim o "entrelaçamento" mencionado por Rosenfeld (2003, p. 17):

> "Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras."

O desiderato, porém, não foi atingido – a tese da necessidade de uma posterior conformação legislativa da decisão judicial foi superada. E o motivo desta superação também é fornecido por Rosenfeld (2003, p. 17-18):

> "O problema, no entanto, é que tanto o passado quando o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída."

Em nota de rodapé, prossegue o autor:

> "não é óbvio que seja recomendável congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda que esse congelamento seja considerado desejável, seria autocontraditório pois os próprios constituintes tinham a intenção de criar o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras" (ROSENFELD, 2003, p. 18).

Rosenfeld (2003, p. 36) novamente volta ao tema, adiante no texto, ao mencionar o vazio,

a ausência (*lack*) da identidade do sujeito constitucional, "gerado pela distância que separa a autoimagem própria dos constituintes daquela da forma política constitucional pluralista".

É certo, porém, que a decisão do STF não impede a eventual atividade legislativa futura sobre o mesmo tema: o próprio Ministro Ayres Britto cuidou de ressalvar que "nossa decisão [...] é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo" (BRASIL, 2011, p. 877). E Rosenfeld (2003, p. 23) ensina que "a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão", concluindo que:

> "A tomada de decisão constitucional sempre se dá sob condições que excluem a possibilidade de uma determinação plena, o que torna a construção necessária. De fato, a tomada de decisão constitucional envolve a construção na medida em que as questões constitucionais sempre requerem escolhas entre duas ou mais alternativas plausíveis" (ROSENFELD, 2003, p. 44).

Porém, cabe ressalvar que, nessa situação especificamente considerada, a futura atividade legislativa deverá observar os parâmetros constitucionais indelevelmente definidos pela Corte como aplicáveis ao caso, sob pena de incidir, em tese, no vício de inconstitucionalidade material.

Enfim, o Voto do Ministro Luiz Fux reconhece à decisão do STF um caráter de emancipação de opções da sociedade brasileira, dizendo: "Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas" (pág. 681 do acórdão). E nisso igualmente segue Rosenfeld (2003, p. 92), quando este afirma que "a Constituição é, a um só tempo, coercitiva e emancipatória".

A decisão, de fato, significou renovação ou reinvenção sociocultural, o que, apesar de ter sofrido crítica de alguns setores conservadores da sociedade, é perfeitamente legitimado por Rosenfeld (2003, p. 93-94):

> "Como a identidade constitucional deve promover a reconciliação ou o equilíbrio entre o self e o outro, a identidade e a diferença, a imposição coercitiva e a emancipação, a herança sócio-cultural e a renovação ou reinvenção sócio-cultural, os aspectos mais privilegiados ao longo da via metafórica e da metonímica serão mais provavelmente os mais adequados – nos termos das circunstâncias específicas envolvidas – para se alcançar a maioria, senão a totalidade, desses objetivos."

4. Conclusões

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento sobre a união homoafetiva, lidou de modo patente com o necessário papel contramajoritário inerente ao direito constitucional. Tal circunstância estava presente na consciência do colegiado, e o seu conteúdo, nesse particular, foi muito bem definido no Voto do Ministro Celso de Mello:

> "Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica" (BRASIL, 2011, p. 845).

Ao conferir ao art. 1.723 do Código Civil uma espécie de "interpretação *ativa* conforme à Constituição", a Corte, mediante um Voto

condutor racional e com discurso inteligentemente mesclado de negações, metáforas e metonímias, lançou novas luzes à democracia brasileira, com o realce da necessária observância do pluralismo.

A releitura da Constituição respaldada nos novos tempos obviamente não cria uma identidade constitucional definitiva – porquanto perduram as diferenças de entendimento e visão de mundo na sociedade brasileira –, mas evidencia que o aperfeiçoamento de escolhas é tarefa beneficamente aberta e ininterrupta. Isto, enfim, é o que foi brilhantemente alcançado pelo STF, e também, a seu turno, pelo mestre Michel Rosenfeld (2003, p. 114):

> "O ideal de integrar todas as diferenças, embora inalcançável, fornece uma útil finalidade crítica que opera como um contrafactual pensado para nos recordar que todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização."

Referências

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe, 13 dez. 2011. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635.>. Acesso em 12 ago. 2013.

______. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

Litispendência entre ações civis públicas à luz do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985

RICARDO QUARTIM DE MORAES

Sumário

1. A discussão doutrinária e jurisprudencial em torno do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985

Graças à sua crescente utilização, o tema da tutela coletiva tem ganhado cada vez mais importância nos meios acadêmicos. De fato, o aumento no volume de ações civis públicas fez com que tanto a doutrina como o legislador tivessem de enfrentar problemas que primeiro se revelaram na prática forense.

Assim, o legislador deparou-se com duas questões que nos concernem: a primeira relaciona-se com os limites subjetivos da coisa julgada formada em demandas coletivas. A segunda questão, por sua vez, decorre diretamente da solução legislativa dada à primeira. Trata-se do ajuizamento de ações civis públicas com os mesmos pedidos e causas de pedir perante juízos com competências territoriais diferentes.

Ricardo Quartim de Moraes é graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador Federal em São Paulo,SP.

Surge, então, a problemática da litispendência entre ações civis públicas, objeto de nosso estudo. Mais especificamente, o regime jurídico da litispendência entre ações civis públicas com pedido de efeitos nacionais, ajuizadas em busca do mesmo bem da vida perante juízos com competências territoriais diferentes.

Antes, porém, recordaremos os contornos da já bastante debatida questão dos limites subjetivos da coisa julgada em ações coletivas.

Inicialmente o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 rezava apenas que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nada dispondo acerca de eventual limitação da coisa julgada. A Lei nº 9.494/1997, fruto de conversão da Medida Provisória nº 2.180-35, alterou tal panorama ao modificar a redação do mencionado artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, acrescentando que a coisa julgada *erga omnes* se dará "nos limites da competência territorial do órgão prolator" (BRASIL, 1985).

Inúmeras foram as vozes que se levantaram contra o dispositivo, arguindo seja sua inutilidade prática face ao já assentado conceito de limites subjetivos da coisa julgada e sua fundamental diferença do conceito de eficácia da sentença, seja sua inconstitucionalidade. Como consequência, a jurisprudência vacilou por tempo razoável antes de fixar posição. Não cabe aqui pormenorizar todos os conhecidos argumentos em prol dessas posições.

A inconstitucionalidade do dispositivo foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal ao negar liminar requerida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade[1]. Eis trecho relevante do voto do Min. Relator:

> "A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência do Poder Executivo no Judiciário." (BRASIL, 2003).

Mesmo após tal julgamento, muitos foram os Recursos Extraordinários aviados perante a Suprema Corte discutindo a questão. Porém, mantendo o entendimento aviado na qual a ação direta de inconstitucionalidade, o STF tem decidido que se trata de questão infraconstitucional[2].

---

[1] Em 18/6/2013 transitou em julgado o Acórdão que julgou prejudicada tal ação direta de inconstitucionalidade por falta de aditamento da petição inicial.

[2] No informativo de jurisprudência nº 721 do Supremo Tribunal Federal (período de 23 a 27 de setembro de 2013) foi veiculado o julgamento do RE 468.140-PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, que se orientou precisamente nesta linha.

A corrente que sustenta a inaplicabilidade da nova redação do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, por ser impossível desenhar os limites subjetivos da coisa julgada de acordo com a competência do órgão prolator, também não tem prosperado. Desde o julgamento do Recurso Especial nº 293.407/SP, posteriormente ratificado em diversas ocasiões, mormente nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 411.529/SP, o Superior Tribunal de Justiça tem sistematicamente rechaçado a tese[3].

A propalada notícia de que a posição do Superior Tribunal de Justiça teria se alterado no julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR não condiz com o conteúdo da decisão da Corte e mais parece ser sintoma de uma leitura apressada do julgado.

De fato, nele não se discutiu a aplicabilidade em tese do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, mas apenas a interpretação de título executivo formado em sede de ação civil pública ajuizada em benefício de correntistas, no qual ficou expressamente afastada a aplicação de tal dispositivo, proclamando-se a ocorrência de efeitos nacionais. Nesse caso, já formado o título com o trânsito em julgado da decisão não caberia mais discutir a restrição dos limites subjetivos da coisa julgada ao âmbito de competência do Juízo prolator, sob pena de afronta à coisa julgada. O voto do Min. Teori Zavascki no Resp 1.243.887 é bastante claro a respeito dos limites da discussão submetida ao STJ no caso.

1.1. Sobre o entendimento jurisprudencial: o papel do jurista

O pressuposto de nossa exposição é a posição jurisprudencial que parece ter-se consolidado no tocante à aplicação do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985. Todavia, isso não significa que a doutrina e os operadores do direito devem acomodar-se com tal solução, se tiverem fundados motivos para contrapô-la.

Nos tempos atuais, a ciência jurídica assume um importante papel de *meta-garantia* (CARBONELL, 2011, p. 22), denunciando equívocos, abusos e contradições entre normas ou interpretações jurisdicionais. Ou seja, à ciência jurídica, à doutrina, não incumbe apenas descrever asseptícamente seu objeto de estudo, valendo-se do paradigma de conhecimento e pesquisa das ciências exatas, mas também contribuir criticamente para a própria configuração do direito, seja ele atual ou futuro.

---

[3] "Com efeito, no julgamento do EREsp nº 293.407/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *foi pacificado, pela Corte Especial, o entendimento de que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97*. (...) De outra banda, cumpre assinalar, em consonância com os ven. acórdãos paradigmas que, na atualidade, *legem habemus*, qual seja o art. 2º da Lei 9.494/97 (MP 2.180-35/2001), dando nova redação ao art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, verbis: [...]" (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Desse modo, não podemos desconsiderar o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.078/1990[4]. De acordo com tal dispositivo[5], em caso de ação civil pública ajuizada em razão de dano local, competente será o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Por outro lado, na hipótese de nos depararmos com ação civil pública que verse a respeito de dano regional ou nacional, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

No momento em que o inciso II do artigo 93 da Lei nº 8.078/1990 admite expressamente a existência de dano nacional a ser judicializado mediante ação civil pública e fixa o foro competente para apreciá-lo, surge inequívoca uma aparente antinomia entre tal dispositivo e o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985.

Tendo em vista que o sistema jurídico não admite antinomias reais, cabe ao intérprete buscar uma solução que harmonize ambos os dispositivos. A melhor solução, parece-nos, é aquela dada pelo Min. Teori Albino Zavascki (2007, p. 79-82) em obra sobre o tema.

Para o autor, o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 deve ser objeto de interpretação histórica e sistemática com o disposto no artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997[6]. Este dispositivo limita a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação coletiva ajuizada por entidade associativa na defesa dos direitos de seus associados, àqueles substituídos domiciliados no âmbito da competência territorial do juízo prolator na data da propositura da ação.

Nessa óptica, a restrição dos limites subjetivos da coisa julgada ao âmbito de competência do juízo prolator diz respeito apenas às ações coletivas que veiculem interesses individuais homogêneos, por natureza direitos perfeitamente divisíveis e individualizáveis agrupados em uma só ação coletiva em razão de sua origem comum, da qual decorre a homogeneidade[7].

---

[4] O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública formam o que a doutrina tem denominado de microssistema de processo civil coletivo. Ambos os diplomas legais complementam-se e devem ser aplicados e interpretados de maneira conjunta, por força do disposto no artigo 90 da Lei nº 8.078/1990 e no artigo 21 da Lei nº 7.347/1985.

[5] "Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente." (BRASIL, 1990)

[6] Cabe lembrar que o artigo 16 da Lei nº 9.494/1997 teve sua atual redação dada pelo artigo 2º da Lei nº 9.494/1997, de modo que ambos os dispositivos surgiram no mesmo contexto e pela pena de legislador imbuído de uma mesma finalidade.

[7] Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 844-852) sustenta justamente o contrário, ou seja, que o disposto no artigo 16 da LACP se aplica aos interesses difusos e coletivos, mas não aos interesses individuais homogêneos.

Os interesses coletivos e os interesses difusos, por sua vez, por serem indivisíveis (art. 81, incisos I e II, da Lei nº 8.078/1990), não se submetem ao regime do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985. No caso deles, cabe apenas verificar a extensão do dano para fins de verificação do juízo competente, a rigor do artigo 93 da Lei nº 8.078/1990. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça encampou tal posição ao julgar o Conflito de Competência nº 109.435[8] (BRASIL, 2010).

Mesmo que essa posição fosse unanimamente consagrada pela jurisprudência, o regime jurídico da conexão e da litispendência seria problemático no tocante às ações civis públicas cujo mérito se constitui de interesses individuais homogêneos, aos quais o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 é indubitavelmente aplicável.

2. O regime jurídico da litispendência entre ações civis públicas conforme o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985

A litispendência nada mais é do que o estado de pendência (*litis pendentia* no latim) de uma lide ainda não definitivamente resolvida pelo Poder Judiciário (DINAMARCO, 2004, p. 49). Uma vez julgada definitivamente a demanda, o estado de "lide pendente" esvanece-se e surge a coisa julgada.

A vedação ao ajuizamento de nova lide idêntica[9] é, na verdade, um efeito atribuído à litispendência pelo direito positivo com o propósito de racionalizar e otimizar a prestação jurisdicional, evitando a existência de julgamentos antagônicos acerca do mesmo bem jurídico litigioso.

Por isso, não é a litispendência, como afirmam alguns, primordialmente uma defesa processual. A pendência simultânea de lides que visem ao mesmo resultado prático levou o legislador a instituir a exceção de litispendência no intuito de racionalizar o sistema. A principal aplicação prática da litispendência dá-se na forma de defesa processual, mas essa não é sua natureza. Da mesma forma, a essência da coisa julgada não é ser uma defesa processual, apesar de ser usualmente utilizada como tal.

Poderia o legislador atribuir ao estado de litispendência um outro efeito que não a extinção da última demanda ajuizada. Isso não elide o fato de que ainda sim teremos duas ações (civis públicas) em curso voltadas a obter o mesmo resultado prático. No microssistema de processo civil coletivo nacional, o efeito da exceção de litispendência é, segundo a jurisprudência, diverso daquele previsto no Código de Processo Civil. Analisaremos tal posicionamento logo abaixo.

Antes, vale relembrar o conhecido conceito de litispendência adotado pelo Código de Processo Civil (CPC)(BRASIL, 2002). Segundo os §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 301 do CPC, há litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada que ainda esteja em curso. Haverá identidade entre as ações caso as partes, a causa de pedir e o pedido sejam os mesmos.

Tratando-se de ações civis públicas ou ações coletivas em geral pouco importa quem é o legitimado que efetivamente propôs as ações. A legitimidade ativa para essa espécie de ação é concorrente, disjuntiva e autônoma (MAZZILI, 2004, p. 289), de modo que cada legitimado pode requerer em juízo a tutela de um bem da coletividade sem a anuência ou ciência de qualquer outro. Na verdade, o substituto processual

---

[8] STJ, 3ª seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, DJE. Data: 15/12/2010.

[9] Por "lide idêntica", referimos-nos à uma nova demanda com o fim de produzir os mesmos *resultados práticos* de outra anteriormente ajuizada. A finalidade do instituto da litispendência é evitar o *bis in idem*, o julgamento repetido a respeito do mesmo bem da vida, e assim deve ser interpretado (DINAMARCO, 2004, p. 62).

é apenas a parte formal. A parte material compõem-se do conjunto de substituídos (DINAMARCO, 2005, p. 213).

Em virtude disso, a identidade das partes seria irrelevante para a análise da litispendência entre ações civis públicas. Como veremos, tal assertiva não é absolutamente correta.

Caso as únicas normas aplicáveis ao regime jurídico da conexão, continência e litispendência entre ações civis públicas fossem essas, não teríamos dúvida em afirmar que o fenômeno da litispendência entre tais ações se rege pelo Código de Processo Civil como qualquer outra demanda, como sustenta Carlos Henrique Bezerra Leite (2008, p. 49-51).

Entretanto, a jurisprudência tem aplicado o disposto no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 7.347/1985, também aos casos de litispendência entre ações civis públicas. Vejamos o teor de tal norma:

> "Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.
>
> Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto" (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001) (BRASIL, 1985).

Mesmo sem referência expressa ao dispositivo acima transcrito, o STJ tem-se orientado pela reunião de ações civis públicas que contêm o mesmo pedido (inclusa no pedido a extensão territorial dos efeitos da tutela jurídica pretendida[10]) e causa de pedir, ao invés de sua extinção em razão da litispendência (*v.g.,* CC 57.558/DF[11] e CC 64.732[12]).

A princípio, o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 7.347/1985, não trata do fenômeno da litispendência, mas apenas da conexão e da litispendência. Com efeito, a identidade, ainda que parcial, de causa de pedir ou de objeto (pedido) é hipótese de conexão segundo o artigo 105 do Código de Processo Civil. A litispendência reclamaria cumulativamente identidade de pedido, causa de pedir e de partes, excluída esta última no caso de ações civis públicas.

---

[10] Ao contrário, caso os pedidos nas ações civis públicas se refiram à extensões territoriais diferentes, não haverá litispendência, conexão ou continência.

[11] STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, Julg. em 12/9/2007. Apesar de decidir pela reunião das causas em virtude de conexão, afirmou o Min. Relator em seu voto que: "O presente conflito de competência, conexo a outro suscitado pela Anatel (CC 57.559-DF), tem por escopo a reunião, no juízo prevento, de *inúmeras demandas conexas – algumas delas absolutamente idêntica* – ajuizadas em quatro diferentes estados por entidades que se arrogam a defesa de direitos do consumidor, todas tendo por objeto a assinatura da prorrogação dos contratos de concessão de serviços de telefonia fixa comutada." (grifo nosso)

[12] STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, DJE Data: 4/6/2009.

Entretanto, não há como desconsiderar o fato de que essa não tem sido a posição dos Tribunais Superiores a respeito da litispendência entre ações civis públicas. Podemos criticar e discordar de tal linha hermenêutica, mas não ignorá-la. Não há propósito em uma ciência do direito processual, instrumental por natureza, que não considere a aplicação prática do direito pelos tribunais, mesmo que seja para criticar tal aplicação.

Antes de tal crítica fixemos a seguinte premissa: para a jurisprudência pátria, o artigo 2º, parágrafo único, da LACP, aplica-se também às hipóteses de litispendência entre ações civis públicas.

Disso concluímos que o regime jurídico da conexão e da litispendência entre ações civis públicas é parcialmente distinto daquele previsto no Código de Processo Civil (BUENO, 2003, p. 135-145).

A primeira diferença patente é que, apesar de a competência para processo e julgamento de ações civis públicas ser absoluta, conforme decorre do *caput* do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985[13], o parágrafo único desse dispositivo permite a modificação de competência em virtude de conexão e, segundo a jurisprudência, de litispendência.

Outra importante diferença quanto ao regime codificado refere-se ao fato de que a *propositura* da ação torna prevento o juízo e não ter o juízo despachado em primeiro lugar em caso de juízos com a mesma competência territorial (art. 106), ou a data da citação na hipótese de juízos com competências territoriais diferentes (art. 219).

Poder-se-ia concordar com a posição jurisprudencial a respeito dos efeitos da litispendência entre ações civis públicas tendo em vista que sendo concorrente e disjuntiva a legitimidade, pouco adiantaria extinguir um dos processos, uma vez que qualquer um dos colegitimados poderia muito bem intervir no processo ajuizado pelo outro colegitimado como assistente litisconsorcial (art. 5º, §2º, da Lei nº 7.347/1985). Daí a opção pela reunião dos processos.

Bem vista a questão, o pressuposto desse fundamento é que *cada ação coletiva distinta tenha sido ajuizada por um legitimado diferente*, dada a disjuntividade da legitimação.

Vejamos a lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 172):

> "Normalmente, costuma-se atribuir à litispendência o efeito de extinguir o *segundo* processo sem exame do mérito (p. ex., art. 267, V, CPC brasileiro).
>
> Muito embora a nossa legislação seja omissa a respeito, essa será a consequência quando houver litispendência entre causas coletivas, com tríplice identidade dos elementos da demanda. Trata-se de solução geral, cuja aplicação não é incompatível no âmbito da tutela coletiva.
>
> Quando ocorrer litispendência com partes diversas, porém, a solução não poderá ser a extinção de um dos processos, mas, sim, *a reunião deles para processamento simultâneo*. É que de nada adiantaria extinguir um dos processos, pois a parte autora, como co-legitimada, poderia intervir no processo supérstite na qualidade de assistente litisconsorcial."

Correta a lição dos ilustres professores. Verificando-se a tríplice identidade dos elementos da demanda o fundamento para a aplicação do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985 desaparece, de modo que a extinção do segundo processo se torna necessária.

Ajuizadas diferentes ações civis públicas pelo mesmo legitimado, no âmbito de competência territorial do mesmo juízo ou com pedido de efeitos nacionais e visando ao mesmo resultado prático, não há que se falar em reunião de processos.

[13] CC 113.788, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE. Data: 23/11/2012.

Aliás, a reunião dos processos é inadequada não só quando as diferentes ações civis públicas são ajuizadas pelo mesmo substituto processual, mas também quando uma das ações civis públicas já houver sido julgada e esteja em grau de recurso.

Nesse último caso, a reunião de processos mostra-se impossível em vista do teor da Súmula nº 235 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado" (BRASIL, 2012).

Esse enunciado tem sido aplicado também quando se trata de reunião de ações civis públicas idênticas ajuizadas perante juízos diferentes (hipótese que o CPC trataria como litispendência e não como conexão), pois o fundamento para o impedimento à reunião dos processos é o mesma: em termos práticos, é impossível reunir um processo que está em primeira instância e outro que já se encontra em fase recursal.

Posta a questão apenas nesses termos, bastaria aguardar o julgamento da ação civil pública em primeira instância para ser possível o ajuizamento de outra ação civil pública idêntica pelo mesmo substituto processual. Voltaremos ao tema mais à frente.

3. Litispendência entre ações civis públicas ajuizadas pelo mesmo legitimado

A despeito da posição jurisprudencial consolidada, permanece o inconformismo com o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985. Como consequência, continuam sendo ajuizadas inúmeras ações civis públicas contendo o expresso pedido de que o provimento jurisdicional a ser prestado tenha efeitos nacionais.

Mais que isso, cientes do entendimento dos Tribunais a respeito da matéria, os principais legitimados ativos para a propositura de ações civis públicas (Ministério Público e Defensoria Pública[14]) têm adotado a prática de ajuizar exatamente a mesma ação civil pública perante juízos com competências territorias diferentes, pedindo em todas que o provimento jurisdicional seja estendido a todo o território nacional.

A tática é bastante compreensível. No pior dos casos, os limites subjetivos da coisa julgada em cada ação civil pública extender-se-ão apenas à área de competência territorial do juízo prolator. Caso, em alguma delas, seja deferido o pedido de extensão nacional desses limites, tanto melhor.

Tais ações são ajuizadas ao mesmo tempo ou espaçadas entre si. O mais comum é que, após a pretensão de atribuição de efeitos nacionais ser negada em uma ação civil pública, outra idêntica ou bastante semelhante seja ajuizada perante juízo com competência territorial diferente.

Todavia, no momento em que estão em curso[15] duas ações civis públicas de efeitos nacionais com pedidos e causa de pedir semelhantes, a ponto de culminar no mesmo resultado prático na hipótese de procedência do pedido, haverá litispendência.

Diga-se desde já que as condições da ação e os pressupostos processuais são aferidos *in status assertionis*[16], ou seja, em conformidade com a exposição e o pedido feitos na petição inicial. Como decorrência, haverá litispendên-

[14] A amplitude da legitimidade ativa da Defensoria Pública ainda está em discussão perante o STF na Adin 3.493, cujo objeto é o teor do artigo 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007.

[15] A partir da *propositura* da segunda ação, para ser mais exato – nos precisos termos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985.

[16] "É de ter presente que as condições da ação são inicialmente aferidas in status assertionis, com base na alegação feita pelo demandante na inicial, sem depender do exame das circunstâncias e dos elementos probatórios contidos nos autos." (STJ, AGARESP 201200559457, DJE. Data: 2/8/2012, Rel. Min. Sidnei Beneti).

Sobre o tema ver, ainda, a lição de Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 155-156).

cia quando o pedido e a causa de pedir de duas ou mais ações conduzam ao mesmo resultado prático, pouco importando se, em julgamento ainda não definitivo, ele foi acolhido apenas parcialmente.

Afere-se a litispendência, a conexão ou a continência de acordo com o pedido e a causa de pedir postos na petição inicial. Para tal efeito, eventual procedência parcial de uma das ações, ainda em fase de análise recursal (art. 301, § 3º, do Código de Processo Civil), é irrelevante. Em outras palavras, não existe litispendência *momentânea* ou *passageira*.

3.1. A interpretação conjunta dos artigos 2º e 16 da Lei nº 7.347/1985

O regime de conexão e litispendência entre ações civis públicas criado pelo parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 7.347/1985, deve ser interpretado em conjunto com o artigo 16 da mesma lei. Afinal, os dispositivos legais devem ser interpretados dentro da esfera de seu sentido literal possível e de sua finalidade, de modo a eliminar contradições (LARENZ, 2012, p. 472).

Estabelecido que a existência de litispendência ou conexão se faz mediante a análise *in status assertionis* da petição inicial, verificar-se-á a ocorrência desses fenômenos processuais apenas em uma situação na qual a extensão territorial dos pedidos se sobreponham. Tal sobreposição pode dar-se porque em todas as petições iniciais consta pedido de atribuição de efeitos nacionais à sentença ou porque os pedidos se referem, total ou parcialmente, à mesma porção do território nacional.

Contudo, na eventualidade de a extensão territorial dos pedidos constantes da petição inicial não se referirem à mesma porção do território nacional, não haverá litispendência, conexão ou continência. Eventuais discrepâncias quanto ao mérito entre decisões tomadas por diferentes juízos será dirimida e unificada pelos Tribunais superiores, os quais exercem jurisdição sobre todo o território nacional[17].

Limitado o pedido ao âmbito de competência territorial do juízo, na forma do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, não haverá prevenção com outra ação civil pública cujo pedido esteja limitado ao âmbito de competência territorial de outro juízo (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2012, p. 232-233). Na esfera das distintas competências territoriais dos juízos, aos quais se limitam as diferentes ações civis públicas, não há possibilidade de decisões contraditórias.

Não é incomum encontrar quem diga não admitir o Superior Tribunal de Justiça, em virtude do teor do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, a reunião ou extinção de ações civis públicas com pedido de efeitos nacionais propostas perante juízos com competências territoriais distintas. Um dos exemplos mais citados em prol desse argumento é o RE 942.435/RS (BRASIL, 2011).

O raciocínio seria o seguinte: como a coisa julgada *erga omnes* está limitada ao âmbito de competência do órgão prolator, pouco importa o pedido de efeitos nacionais. Proibida a formação de coisa julgada para além do âmbito de competência territorial do juízo, não há possibilidade de superposição de provimentos jurisdicionais.

Uma análise mais detida dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, demonstra que não é essa a jurisprudência da Corte. A ementa do Acórdão proferido no RE 942.435/RS realmente dá a impressão de que é a limitação à coisa julgada imposta pelo artigo

---

[17] O STJ já decidia nesse sentido, mesmo antes do advento do artigo 2º, parágrafo único, e da nova redação do artigo 16, ambos da Lei nº 7.347/1985, como se vê do CC 2.478-PA, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU Data 11/5/1992 e do CC 971-DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiario, DJU Data 23/4/1990.

16 da Lei nº 7.347/1985 o motivo pelo qual não há litispendência entre as duas ações civis públicas. Vejamos:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISPENDÊNCIA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. OFENSA AO ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ.
>
> 1. Ajuizamento pela mesma associação de defesa do consumidor de duas ações civis públicas semelhantes contra a mesma empresa nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, buscando a suspensão dacomercialização de cerveja com rótulo enganoso (cerveja sem álcool).
>
> 2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do EREsp nº 411.529/SP, firmou entendimento no sentido que a sentença proferida em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.
>
> 3. Seguindo essa orientação jurisprudencial, deve prosseguir a ação civil pública ajuizada no Rio Grande do Sul, pois eventual coisa julgada da demanda ajuizada em São Paulo não aproveitará os consumidores gaúchos" (BRASIL, 2011).

Em que pese a má redação da ementa, o caso concreto versava sobre duas ações civis públicas ajuizadas pelo mesmo substituto processual nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, nas quais se alegava a existência de propaganda enganosa em rótulos de grande empresa de cerveja.

A causa de pedir é idêntica em ambas as demandas. Os pedidos, por sua vez, são extremamente semelhantes, com uma única diferença: em cada uma delas expressamente se requer que os efeitos da coisa julgada sejam limitados ao Estado-membro no qual a ação foi ajuizada.

Foi justamente esse o fundamento para que o Superior Tribunal de Justiça acertadamente afastasse a litispendência entre as ações, como se vê do seguinte trecho do voto do Min. Relator:

> "Da leitura dos trechos acima transcritos, observa-se que, efetivamente, as partes são as mesmas, assim com os pedidos e as causas de pedir, sendo que a única diferença entre as duas demandas é a delimitação territorial: 'no Estado do Rio Grande do Sul' e 'no Estado de São Paulo'.
>
> Em face dessa diferença territorial, sustenta a recorrente não estar caracterizada a litispendência.
>
> Adianto que merece acolhimento a sua pretensão na linha de precedente jurisprudencial específico da Segunda Seção desta Corte no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 411.529/SP, em 10 de março de 2010" (BRASIL, 2011).

O julgado em análise revela que: (i) não existe precedente do STJ no sentido da inexistência de litispendência entre ações civis públicas com pedidos de efeito nacionais; (ii) o STJ entende incabível a reunião ações civis públicas na forma do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985 caso os pedidos estejam limitados às diferentes competências territoriais dos respectivos juízos e; (iii) que é possível a litispendência entre ações civis públicas ajuizadas pelo mesmo substituto processual.

Uma interpretação teleológica do instituto da litispendência em consonância com os valores consagrados pela Constituição Federal não permite outra conclusão.

4. Natureza e fundamento constitucional da litispendência

Julgado o mérito de determinada demanda, sua repetição torna-se vedada pelo ordenamento. Não só para evitar julgamentos antagônicos, mas também porque repetir diversas vezes a mesma lide é abusar do direito de acesso ao

Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, violar frontalmente o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII, da CF/88) caso a repetida demanda seja ajuizada perante juízo diverso.

O direito de acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade da jurisdição é direito de cunho marcadamente institucional e normativo. Institucional porque, para ser efetivado, requer a criação e manutenção de instituições próprias para sua aplicação (o Poder Judiciário); e normativo porque sua realização ocorre por meio da lei. Essa mesma lei pode limitá-lo quando entrar em conflito com outros princípios constitucionais (SILVA, 2011, p. 52).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[18] posiciona-se exatamente nesse sentido, ao asseverar que: "As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV, da CF/88)".

Permitir o ajuizamento sem freios da mesma demanda perante o Poder Judiciário repetidas vezes seria ferir o direito de todo o resto da população à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), bem como admitir uma possível burla ao princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da CF/88).

Já vimos os motivos pelos quais a jurisprudência entendeu por atribuir à litispendência entre ações civis públicas o efeito de reunir os processos perante o juízo no qual a primeira ação foi proposta. Porém, esses motivos não prevalecem caso as ações civis públicas pendentes tenham sido ajuizadas pelo mesmo substituto processual. E isso não só pela impossibilidade de assunção da última demanda pelo colegitimado autor da primeira com fundamento no art. 5º, § 2º, da Lei nº 7.347/1985.

5. O princípio do juiz natural e a litispendência como forma de impedir o *forum shopping*

A litispendência é exigência que decorre não só do direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), mas também do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII, da CF/88).

O princípio do juiz natural compreende não só a proibição de criação de órgãos jurisdicionais *ex post facto*, como também o postulado de que, entre os juízes pré-constituídos, há uma ordem taxativa de competências absolutamente imune a qualquer discricionariedade das partes (DIAS,

[18] Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-2009, Plenário, *DJE* de 21/8/2009.

1974, p. 322-323). Afinal, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, LIII, da CF/88).

Distribuído o processo a um juiz, não pode o autor ou o réu, por meio de seja qual for o artifício, substituir esse juiz (ou juízo) por outro. A imparcialidade inerente ao julgamento e ínsita à noção de juiz natural o proíbe. Não é outra a compreensão do STF a respeito do tema:

> "Princípio do juiz natural. Relator substituído por juiz convocado sem observância de nova distribuição. Precedentes da Corte. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade." (BRASIL, 2007).

É vedada, portanto, qualquer tentativa de submeter a órgão jurisdicional aquilo que já foi ou está sendo apreciado por outro órgão jurisdicional e não atendeu às expectativas de uma das partes[19].

Fica claro, por conseguinte, que a prática de ajuizar novamente, perante outro juízo, ação civil pública cujo pedido de atribuição de efeitos nacionais já havia sido indeferido por juízo com competência territorial diferente, equivale, mesmo que não propositalmente, àquilo que o Direito Internacional Privado e a doutrina estrangeira denominam de *forum shopping*.

Tal tática, amplamente repudiada mundo afora, consiste em procurar o juízo mais favorável a uma determinada lide ajuizando demandas até encontrá-lo ou, ainda, formatar a lide de forma a atrair a competência de determinado Juízo pelo qual a parte autora tem preferência.

A situação mostra-se mais preocupante nas hipóteses em que, ancorado no precedente genérico de que a litispendência entre ações civis públicas não tem o efeito de extinguir uma delas e na Súmula 235 do STJ, cujo teor veda a reunião de processos se um deles já foi julgado, o mesmo substituto processual ajuíza a mesma ação civil pública com pedido de efeitos nacionais perante juízos diferentes até encontrar um que a defira integralmente.

Explica Nádia de Araújo (2011, p. 241) que, no âmbito do Direito Internacional Privado, o *forum shopping* ocorre principalmente em busca de jurisdições propensas a atribuir indenizações milionárias em casos de

---

[19] "Não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte." (AI 135.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 23/4/1991, Segunda Turma, *DJ* de 24/5/1991.) No mesmo sentido: AI 811.144-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 28/2/2012, Primeira Turma, *DJE* de 15/3/2012; AI 791.441-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3/8/2010, Segunda Turma, *DJE* de 20/8/2010; RE 547.022-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16/10/2007, Segunda Turma, *DJE* de 1º/2/2008; HC 70.600, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19/4/1994, Primeira Turma, *DJE* de 21/8/2009.

responsabilidade civil. Para evitar tal prática, surgiu o instituto do *forum non conveniens*, ou seja: aquele foro que, por ser inconveniente dada a tentativa de fuga da jurisdição competente, implica a abstenção da Justiça procurada para julgar a causa.

Há dois precedentes relevantes nos quais a justiça norte-americana aplicou tal instituto a casos ocorridos no Brasil[20], ambos relacionados a acidentes aéreos (casos Gol e TAM).

Relata Carlos Alberto Salles (2011, DTR\2009\498) que o sistema das *class actions* do direito norte-americano passou por recente alteração com a promulgação do *Class Action Fairness Act* de 2005, visando justamente a impedir o *forum shopping*. Cito:

> "Seguindo-se algumas alterações trazidas à luz em 1998, novas mudanças foram introduzidas na Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, visando a responder algumas críticas feitas às *class actions*. Mais recentemente, foi promulgado o *Class Action Fairness Act*, de fevereiro de 2005. Esta recente lei, sem alterar as *Federal Rules of Civil Procedure*, promoveu severas alterações no tocante às ações de classe em matéria de consumo, limitando as possibilidades de escolha da corte na qual a ação seria proposta – situação conhecida como *forum shopping* – e criou mecanismos tendentes a garantir satisfação concreta do consumidor lesado individualmente."

O *Class Action Fairness Act*, dadas as especificadades da Federação norte-americana e da arquitetura legal das *class actions*, limitou a possibilidade de *forum shopping*, transferindo às cortes federais a competência para julgar as *class actions* propostas contra réus domiciliados fora do Estado-Membro no qual a ação foi proposta.

A Suprema Corte norte-americana julgou constitucional e aplicou a legislação citada, na forma acima descrita, no caso *Standard Fire Ins. Co. v. Knowles* (ESTADOS UNIDOS, 2013).

Pensando justamente em impedir o *forum shopping*, o legislador alterou o artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil, por intermédio da Lei nº 11.280/2006, passando tal dispositivo a asseverar que o processo será *distribuído por dependência*: "quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda" (BRASIL, 2006).

Voltando ao nosso específico tema, é nítido que uma coisa seria ajuizar a mesma ação em localidades diferentes com pedido de *efeitos limitados à competência do Juízo prolator*, em respeito ao quanto previsto no artigo 16 da LACP. Outra, muito diferente, é ajuizar *a mesma ação em foros diferentes requerendo em todas a concessão de efeitos nacionais*.

Como visto, nesta segunda hipótese não estão os presentes os fundamentos para a aplicação do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985. Porém, está presente uma abundância de motivos aptos a justificar a incidência do Código de Processo Civil e a extinção sem resolução de mérito da segunda ação civil pública.

Em síntese, segundo o ordenamento jurídico vigente não pode o mesmo substituto processual ajuizar diversas ações civis públicas de efeitos nacionais idênticas em juízos diferentes até lograr convencer algum a deferir integralmente seu pedido. Nesta linha, o TRF da 5ª Região já expressamente proibiu a repetição de ações civis públicas idênticas[21].

Ao contrário, nada impede diversas ações civis públicas que busquem o mesmo resultado prático, cujos efeitos estejam limitados à competência territorial do juízo prolator, de

[20] GOL, 2008; TAM, 2009.

[21] TRF5, REO 200881000126907, DJE. Data: 29/9/2011, Rel. Des. Fed. Niliane Meira Lima.

serem ajuizadas perante juízos com âmbitos de competências territoriais diferentes.

6. A perplexidade gerada pela aplicação da Súmula 235 do STJ à litispendência entre ações civis públicas

O cerne dessa questão já foi aqui exposto. A Súmula nº 235 do STJ (BRASIL, 2012) assevera que *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*. Certo, não tratamos aqui de hipótese de conexão, mas de litispendência.

Porém, ao contrário do que ocorre no sistema do Código de Processo Civil, que determina a extinção de uma das demandas, no que respeita às ações civis públicas o efeito da litispendência é a reunião dos processos em virtude de prevenção, na forma do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985. Exceto, é claro, se as ações civis públicas em questão tiverem sido ajuizadas pelo mesmo substituto processual.

O verbete sumular trata, à toda evidência, da reunião de processos. No direito brasileiro a conexão é, sem dúvida alguma, o principal fundamento para a reunião de processos e, por isso, a súmula a ela se refere. Mas de tal premissa não se pode logicamente chegar à conclusão de que apenas a reunião de processos em virtude da conexão é impossível, se um deles já houver sido julgado.

A lógica subjacente a tal Súmula encontra-se presente também nos demais casos de reunião de processos para a prolação conjunta de sentença. Tendo um processo já sido julgado em primeira instância e aguardando julgamento no tribunal, sua reunião com outro ainda não sentenciado em primeira instância é impossível por evidentes razões de ordem prática.

Referida impossibilidade apresenta-se com a mesma intensidade na hipótese de reunião de ações civis públicas, motivo pelo qual a Súmula nº 235 do STJ é igualmente aplicável.

Precisamente aí surge a perplexidade, pois abre-se caminho para provimentos jurisdicionais contraditórios entre ações civis públicas dirigidas à obtenção do mesmo resultado prático. Tendo em vista que a influência recíproca entre o resultado de uma demanda coletiva sobre a outra é inegável (a rigor, obtido um provimento jurisdicional sequer haveria interesse processual quanto ao outro), cabe reconhecer a existência de uma relação de prejudicialidade externa entre as duas demandas.

A regular precisamente esta sorte de situação, o artigo 265, IV, "a", do Código de Processo Civil, prescreve que:

> "Art. 265. *Suspende-se o processo*:
>
> (...)

IV – quando a sentença de mérito:

a) *depender do julgamento de outra causa*, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

(...)" (BRASIL, 1973).

Caso a extensão territorial dos pedidos constantes nas diferentes ações civis públicas voltadas à obtenção do mesmo resultado prático se sobreponha, haverá risco de decisões conflitantes. Tal risco continua existindo na hipótese de uma das demandas já ter sido julgada em primeira instância. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 172), a suspensão do processo por prejudicialidade externa também é uma forma de evitar decisões conflitantes:

> "Havendo relação de prejudicialidade, suspende-se o processo que veicula a causa prejudicada, ou seja, aquele no qual o julgamento dependa do que no outro se decidir. Por esse modo, quer a lei evitar decisões conflitantes e possíveis questionamentos da sentença que julgar a causa prejudicial, cujo conteúdo decisório deve prevalecer como premissa para o julgamento da prejudicada."

Tal dispositivo é plenamente aplicável à ações civis públicas, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[22]:

Igualmente, o TRF3[23] já determinou a suspensão de ação civil pública exatamente na forma aqui proposta. Uma delas já havia sido julgada em primeira instância e a outra não. O Tribunal determinou a suspensão da última até que a primeira transite em julgado. Interessante notar, nesse julgado, que a suspensão não ficou limitada a um ano, na forma do § 5º do art. 265 do CPC (BRASIL, 1973). Aparentemente, o princípio da razoável duração do processo cede em face da necessidade de evitar decisões contraditórias em ações civis públicas. Temos de concordar.

Referências

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado:* teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

---

[22] STJ, RESP 200702311836, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE. Data: 4/8/2009.

[23] A.C. nº 0008072-51.2008.4.03.6183/SP, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, D.J. 8/9/2011.

BRASIL. Lei n. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 18 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 24 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 17 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. Acesso em: 18 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela antecipada – servidores – vencimentos e vantagens – suspensão da medida – prestação jurisdicional. Ao primeiro exame, inexiste relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória n. 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. Liminar – prestação jurisdicional antecipada – caução – garantia real ou fidejussória. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória n. 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. Sentença – eficácia – ação civil pública. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória n. 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator. ADI 1576-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 16 abr. 1997. *Diário da Justiça,* Brasília, 6 jun. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência. Ação civil pública. Eficácia. Limites. Jurisdição do órgão prolator. 1 – Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes. 2 – Embargos de divergência acolhidos. EREsp 411529/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ, 10 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, 24 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. Ação civil pública postulando reserva de vagas aos portadores de deficiência. Concurso de âmbito nacional. Direito coletivo stricto sensu. Inaplicabilidade da limitação territorial prevista no art. 16 da Lei 7.374/85. Direito indivisível. Efeitos estendidos à integralidade da coletividade atingida. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Competência do juiz federal prevento para conhecer da integralidade da causa. Conflito de competência n. 109.435 – PR (2009/0240560-8). Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, DJ, 22 set. 2010. *Diário Oficial da União,* Brasília, 15 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Conflito de competência. Ação civil pública ajuizada pelo ministério público federal. Legitimidade passiva do ibama.interesse da união. Competência da justiça federal para examinar aquestão. Súmula 150/STJ. Conexão

com outras ações já julgadas pela justiça estadual. Súmula 235/STJ. Conflito não conhecido. Conflito de competência : CC 117637 CE 2011/0136751-0. Relator: Arnaldo Esteves Lima. DJ, 9 maio 2012. *Diário da Justiça Eletrônico,* Brasília, 16 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Processo civil. Ação civil pública. Litispendência. Extinção sem resolução do mérito. Ofensa ao art. 16 da lei da ação civil pública. Precedente da segunda seção do STJ. Recurso especial n. 942.435 – RS (2007/0086322-2). Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. DJ, 19 abr. 2011. *Diário da Justiça,* Brasília, 26 abr. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. Conexão e continência entre ações de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa* : questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución.* 2. ed. Madrid: Trotta, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra,1974.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo: coletivo. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2

______. *Instituições de Direito Processual Civil.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos:* efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 513.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Standard Fire Insurance Co. V. Knowles. DJ, 19 mar. 2013. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/11-1450>. Acesso em: 20 ago. 2014.

GOL transportes aéreos. *In Re Aircrash Near Peixoto de Azevedo*. Eastern District Court of New York. Case 1:07-md-01844-BMC-JO. DJ, 28 mar. 2008. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/Decisao_EUA_Gol.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Inexistência de litispendência entre ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos (substituição processual) e ação individual. *Revista TST.* Brasília, v. 74, n. 3, jul./set. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Coisa Julgada In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais.* 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SALLES, Carlos Roberto. Class Actions: algumas premissas para comparação. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 34, n. 174, p. 215-236, ago. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAM Linhas Aéreas. *Ricardo Tazoe v. Tam Airlines*. District Court Southern District of Florida. Case 1:07-cv-21941-MGC. DJ, 21 ago. 2009. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-eua-acidente-tam.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Os Direitos Sociais e a Teoria da Justiça de John Rawls

DILMANOEL DE ARAUJO SOARES

A questão do antagonismo entre a igualdade e a liberdade é um problema que Rawls, assim como tantos outros filósofos, tentaram compatibilizar. Desse modo, o referido filósofo do liberalismo busca fazer, por sua teoria da justiça, uma correção das injustiças sociais no seio do capitalismo tardio, antes por meio de uma concepção moral, posteriormente reformulada para uma concepção política de justiça, apta a especificar os termos equitativos de cooperação social, entre cidadãos livres e iguais e membros plenamente cooperativos de uma sociedade democrática bem-ordenada.

Assim, pode-se sintetizar a teoria de Rawls como sendo constituída por uma sociedade bem-ordenada, formada por pessoas livres e iguais; regulada por uma concepção política de justiça e que tem por objetivo um sistema equitativo de cooperação social[1].

Para Rawls, a concepção política de justiça é a regra fundamental de qualquer associação humana bem-ordenada, sendo que o seu conteúdo é determinado por certos ideais, princípios, critérios, valores políticos. Claramente falando, os membros da sociedade reconhecem a necessidade de um conjunto específico de princípios, critérios, para atribuição de direitos e deveres básicos e para a determinação do que se entende ser a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social.

Justamente por se tratar de uma sociedade expressa por uma concepção política de justiça, e, portanto, bem-ordenada, significa dizer que

Dilmanoel de Araujo Soares é escritor; mestre em Direito pelo UNICEUB/DF; pós-graduado pelo ICAT/DF; especialista em Direito Civil pelo ICAT/DF; professor universitário.

[1] A teoria da justiça de Rawls deita suas raízes em seus escritos intitulados: "Justice as Fairness", publicados no ano de 1958 no "The Journal of Philosophy", seguida pelas obras "Constitutional Liberty" (1963); "The Sense of Justice" (1963); "Civil Disobedience" (1966); "Distributive Justice" (1967); "Distributive Justice: "Some Addenda" (1968) e a própria "A Theory of Justice" publicada em 1971, como sendo uma das mais importantes obras de filosofia política da última metade do século XX.

existe uma articulação razoável e um alinhamento do juízo, da razão, das mais firmes convicções refletidas e organizadas, coerentemente, sobre a justiça política, em todos os níveis de generalidade, entre os cidadãos, que reconhecem e afirmam essa concepção, portanto, em pleno equilíbrio reflexivo.

A sociedade, segundo Rawls (2003, p. 8-9), como sistema equitativo de cooperação social significa que a colaboração entre os cidadãos guia-se por regras e procedimentos públicos reconhecidos; que cada participante aceita a ideia de cooperação, num sentido de reciprocidade ou mutualidade, consistente em que cada cidadão que contribua para a sociedade deve se beneficiar da cooperação, segundo as regras e procedimentos estabelecidos.

Repita-se, dita sociedade, na tese de Rawls (2003, p. 11-12), caracteriza-se por ser uma sociedade bem-ordenada, isto é, uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção política e pública de justiça. Noutros termos, uma sociedade na qual todos os seus membros aceitam os mesmos princípios de justiça; onde todos os participantes sabem e acreditam que a estrutura básica da sociedade (suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como essas instituições agem mutuamente) respeita os princípios de justiça.

Por sua vez, a estrutura básica da sociedade, para Rawls (2003, p. 13-16), seria organizada por um princípio de cooperação em que as principais instituições políticas, sociais e econômicas da sociedade se articulariam para formar um sistema único de cooperação social. Assim atuariam de forma concertada para distribuírem direitos e deveres básicos, bem como determinariam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social, no transcorrer de uma geração até a seguinte.

Para Rawls (2002ª, p. 3-4), a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Com essa formulação, Rawls concede à justiça um papel fundamental, no sentido de atribuir direitos e deveres básicos na sociedade, bem como a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. Assim sendo, considera a justiça, assim como a verdade, vigas mestras de sua teoria, no sentido de a justiça negar que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros.

Rawls entende que uma teoria, por mais requintada que seja, deva ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, mesmo sendo eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas. Além disso, pensa que numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual devam ser consideradas invioláveis, e os direitos assegurados pela justiça não devam se sujeitar a negociações políticas, nem a cálculo de interesses escusos.

Todas essas proposições parecem expressar que uma sociedade bem ordenada e regida por uma concepção política e pública busca uma identidade de interesses, no aspecto de a cooperação social possibilitar a que todos os integrantes tenham uma vida melhor do que teriam se cada um dependesse de seus próprios esforços. Assim, dir-se-á que a teoria da justiça de Rawls está assentada na ideia de uma sociedade em que um conjunto de princípios atribui a seus integrantes, pessoas racionais e livres, direitos e deveres básicos, bem como especifica um sistema de cooperação, com encargos e benefícios, para que obtenham, afinal de contas, vantagens mútuas.

A visão contratualista, segundo Rawls (2002a, p. 12-15), remonta a Locke, Rousseau e Kant. Porém o autor em apreço procura levar a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social, não por meio de uma sociedade particular ou de uma forma particular de governo, mas por meio de um consenso original, equivalente ao estado de natureza, na teoria tradicional, como forma de, nessa etapa, as pessoas racionais, livres e desinteressadas, designarem princípios de justiça, de forma consensual e equitativa, o que justifica o nome da sua teoria da "justiça como equidade".

Com efeito, o objetivo de Rawls (2002a, p. 32) é elaborar uma teoria contratualista que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista, intuicionista e perfeccionista, uma vez que não busca, de forma egoísta, o prazer ou a felicidade individual, nem se trata de uma teoria teleológica, como querem os utilitaristas, mas de uma teoria deontológica.

Convém enfatizar que Rawls busca, com sua teoria, compatibilizar o antagonismo da liberdade com a igualdade, melhor dizendo, minimizar as disparidades entre a liberdade e a igualdade substantiva, ordenando-as por meio de uma filosofia política, ainda que utópica, com a ideia de uma sociedade bem ordenada, gerida por um sistema equitativo de cooperação social e efetivamente regulada por uma concepção pública e política de justiça, onde cada participante aceita e sabe que os demais também aceitam a mesma concepção política de justiça.

O ponto de partida da teoria de Rawls ocorre com a "celebração hipotética" do contrato na posição original, ou seja, um *status quo* inicial adequado para garantir que os acordos básicos, nele firmado, sejam equitativos, de tal modo que pessoas racionais, iguais e livres, de forma consensual, escolham e justifiquem, sob o véu da ignorância, os dois princípios da justiça para reger a estrutura básica da sociedade, de modo a realizar os valores de liberdade e igualdade.

O contrato, na visão Rawls (2002a, p. 18), busca, em um plano abstrato, estabelecer, atendidas as premissas racionais, consensuais e morais, parâmetros adequados para os dois princípios de justiça. Portanto, a terminologia do contrato transmite a ideia de que os princípios da justiça podem ser concebidos por pessoas que atendam a um senso de racionalidade. Também sugere o acordo sobre as reivindicações conflitantes dos benefícios conquistados através da colaboração social, bem como a condição de que a divisão apropriada de benefícios aconteça de acordo com os princípios aceitáveis pelas partes contratantes.

Ainda na visão de Rawls, o contrato é um poderoso argumento para seus princípios porque incorpora princípios filosóficos que aceitamos, ou aceitaríamos se sobre eles refletíssemos, muito embora, no entender de Dworkin (2002, p. 262, grifo do autor), não possa o contrato ser tomado como premissa fundamental, mas como ponto intermediário de um argumento mais amplo, como se ele próprio fosse o produto de uma teoria política mais profunda que defende os dois princípios *através*, e não *a partir*, do contrato.

Importante destacar que, para Rawls, a justiça como equidade não é uma teoria completamente contratualista, mas que pode ser estendida à escolha de um sistema ético mais ou menos completo que inclui princípios para todas as virtudes e não apenas para a justiça.

Retomando a ideia da posição original, esta é introduzida por Rawls para especificar os princípios mais adequados para a realização da igualdade e da liberdade; melhor esclarecendo, de quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual, no sentido de associar a questão da justiça à teoria da escolha racional.

A posição original, no entender de Rawls (2003, p. 25), é apenas um artifício de representação, análogo a um experimento mental, no sentido de as partes se encontrarem situadas simetricamente, em condições equitativas e dispostas a representarem os interesses fundamentais dos cidadãos livres e iguais em todos os aspectos relevantes, ou seja, em grau suficiente às necessárias faculdades da personalidade moral e outras capacidades que lhes permitam ser membros normais e plenamente cooperativos da sociedade.

Esclareça-se, dessa forma, que a posição original, segundo aduz Rawls (2003, p. 21-22), deve ser entendida como uma condição necessária para situar, de modo equitativo, as partes livres e iguais e não permitir que algumas tenham posições de negociações mais privilegiadas, mais vantajosas que outras. Também, evita o recurso da força, da coação, de artifícios ou manobras ardilosas. Igualmente, busca abstrair as contingências do mundo social, ao impedir que as partes conheçam, sob o "véu de ignorância", as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que cada uma delas representa. Assim, as partes ignoram a raça e o grupo étnico, o sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas.

Importante assinalar que a posição original é hipotética, na medida em que se pergunta o que as partes poderiam acordar, ou acordariam, e não o que acordaram; também é não histórica, na medida em que não supõe que o acordo tenha sido concertado alguma vez ou venha a ser celebrado. E mesmo que o fosse, isso não faria nenhuma diferença.

Na posição original é que as partes racionais e morais escolhem e justificam, sob o "véu da ignorância", os dois princípios de justiça para reger a estrutura básica da sociedade, que Rawls entende como sendo o objeto primário da justiça política e representativa das principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade democrático-constitucional, e a maneira pela qual se combinam ou se harmonizam em um sistema unificado de cooperação social.

Para Rawls a concepção de justiça nasce com os dois princípios fundamentais: o das liberdades básicas; e o das desigualdades sociais e econômicas. Este último biparte na igualdade equitativa de oportunidades e no princípio da diferença. Assim, nas palavras de Rawls (2003, p. 60), *verbis:*

> "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
>
> (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença)".

Os princípios são ordenados em série, tendo o primeiro princípio prioridade sobre o segundo; da mesma forma, no segundo princípio,

a igualdade equitativa de oportunidades tem precedência sobre o princípio da diferença. Tal ordenação significa que as liberdades básicas têm um âmbito central de aplicação dentro do qual só podem ser limitadas, ou ser objeto de compromisso, quando entrarem em conflito com outras liberdades básicas, bem assim que as violações das liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas ou compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais.

As liberdades básicas, como demonstra o próprio Rawls (2003, p. 145), compreendem: a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência, a liberdade de associação, as liberdades políticas, as liberdades incluídas na noção de liberdade e de integridade da pessoa, os direitos e liberdades protegidos pelo Estado de Direito.

Os princípios são adotados e aplicados numa sequência de quatro estágios. Num primeiro, as partes adotam os princípios de justiça por trás de um véu de ignorância total. Nas etapas seguintes, o véu vai progressivamente se descortinando. Assim, na etapa subsequente, ou seja, na etapa da convenção constitucional, aplica-se o primeiro princípio; na terceira etapa, de caráter legislativo, aplica-se o segundo princípio, bem como se fazem as leis de acordo com a constituição e conforme os princípios de justiça; e na última etapa aplicam-se as normas pelos governantes, e a constituição e as leis são interpretadas por membros do judiciário.

Como já asseverado, o primeiro princípio garante a liberdade igual para todos, o que, para Rawls, tem prioridade sobre o segundo princípio. Já o segundo princípio relaciona-se ao aspecto da justiça distributiva, como ordenar as instituições para a estrutura básica, num esquema unificado de cooperação social equitativo, eficiente e produtivo, que possa se manter no transcurso do tempo, e cujas condições para a prossecução desses misteres estão a cargo da etapa legislativa, mediante a promulgação de leis. Portanto, o tema dos aspectos materiais da dignidade humana, dentre os quais se inserem as questões como a saúde, a educação, a segurança, relaciona-se com este segundo princípio.

No que concerne à questão da igualdade, Rawls entende ser possível a desigualdade econômico-social entre as pessoas, daí por que busca, com a sua teoria da justiça, por meio de um tratamento legislativo, compatibilizar tais diferenças insertas no segundo princípio, com a seguinte proposição: que as desigualdades sociais e econômicas devam estar ligadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade efetiva de oportunidades, e devam proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade.

Dessa maneira, Rawls pretende estabelecer um procedimento equitativo que conduza a um resultado justo, racional, imparcial, numa sociedade em que cada cidadão tenha o mesmo direito sobre as liberdades básicas iguais; em que haja um conjunto mínimo de condições materiais para todos; que maximize o bem-estar dos menos favorecidos; em que todos possam ter acesso aos seus benefícios de toda ordem; e que todos, indistintamente, possam desfrutar de um sistema equitativo de oportunidades.

Com essa breve e singela apreciação da teoria da justiça de Rawls, observa-se que, por essa concepção filosófica e política, lidar com questões relacionadas com a justiça social (o que ocorre principalmente no segundo princípio, o da Igualdade Equitativa de Oportunidades) equivale a tratar de questões como a igualdade/desigualdade entre pessoas; grupos em diferentes dimensões; distribuição de recursos materiais; e acesso à educação, à saúde, principalmente para os menos favorecidos.

Portanto, na cidadania igual, os cidadãos têm direito a disputar oportunidades de forma equitativa cargos públicos e políticos, sem pre-

conceitos de origem, raça, cor, sexo, idade, posição social e quaisquer outras formas de discriminação, ainda que se respeitem as desigualdades, na medida em que representem o maior benefício possível aos cidadãos menos favorecidos da sociedade. Nesse sentido afirma Rawls (2003, p. 61-62):

> "Para tanto, diz-se que a igualdade equitativa de oportunidades exige não só que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, mas que todos tenham uma chance equitativa, de ter acesso a eles. Para especificar a ideia de chance equitativa, dizemos: supondo que haja uma distribuição de dons naturais, aqueles que têm o mesmo nível de talento e habilidade e a mesma disposição para usar esses dons deveriam ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente de sua classe social de origem, a classe em que nasceram e se desenvolveram até a idade da razão. Em todos os âmbitos da sociedade, deve haver praticamente as mesmas perspectivas de cultura e realização para aqueles com motivação e dotes similares."

Dessa forma, tratando-se de uma teoria liberal, admite e aceita desigualdades sociais e econômicas, condicionadas a posições abertas a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e a um maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade. Portanto, ainda que se parta da posição de cidadania igual, é possível que ocorram direitos básicos desiguais, em decorrência de características físicas naturais, em que determinada tarefa só possa ser exercida por homens, em detrimento das mulheres, ou que determinado serviço só possa ser exercido por uma parcela da população que detenha um conhecimento científico especializado.

Nesse caso, explica Rawls (2002a, p. 105) que, não havendo a possibilidade de mudança dessas características, as posições definidas por elas contam como lugares de partida na estrutura básica, sendo tais desigualdades justificadas pelo princípio da diferença se trouxerem vantagens para as mulheres e para os menos qualificados profissionalmente e se forem aceitáveis do ponto de vista destes, porquanto "numa sociedade justa o menor número de posições relevantes seria em geral suficiente".

Assim, no tocante à importância da educação e da participação da pessoa em programas de incentivo à qualificação profissional, o próprio Rawls assevera que, mesmo talentos e aptidões naturais, como a inteligência inata, não são dons "fixos e constantes" e, por si sós, não bastam para desenvolver a pessoa, que necessita ao menos de educação básica, de cursos profissionalizantes, de treinamentos técnicos para adestramento das habilidades, de apoio e estímulo precoce por instituições governamentais, enfim, de condições sociais para se desenvolverem, se potencializarem.

Nesse sentido, na sociedade Rawlseana, a educação fundamental é o instrumento que potencializa o conhecimento humano e proporciona a autonomia do indivíduo, fazendo dissipar a ignorância, ajudando-o

a avaliar e ponderar melhor as ideias nas suas relações sociais, econômicas e morais, no seio da sociedade. Portanto, é razoável afirmar que, na sociedade idealizada por Rawls, cada pessoa deve ter uma educação fundamental para ajudá-la a decidir com racionalidade e com prudência, para poder discernir o que deva ser considerado justo ou injusto.

Dessa forma, a educação fundamental, na concepção de Rawls, é um veículo que habilita o indivíduo a adquirir senso moral e virtudes políticas, como a tolerância, o respeito mútuo, o senso de equidade e de civilidade, aprendendo a pensar, raciocinar e a ter uma concepção política, na medida em que fortalece sua capacidade para assumir responsabilidades por seus objetivos, fazer reivindicações junto às suas instituições e de exercer o direito de ser independente.

É justamente no âmbito das instituições políticas e sociais, na estrutura básica da sociedade, que é o objeto primário da justiça política, que Rawls inclui a família, a educação, a saúde, a previdência, cujos efeitos sobre o caráter, a personalidade, o senso de equidade e de justiça são profundos e se fazem presentes no decorrer de toda a vida dos cidadãos.

E assim é porque, sendo a estrutura básica da sociedade o seu objeto primário, o estágio inicial justo e dos acordos equitativos, mas também das condições sociais justas sob as quais acordos deverão ser selados, os efeitos acumulados subsequentemente deverão sustentar as condições de fundo necessárias para acordos livres, equitativos e justos.

A preservação dessas condições iniciais sociais justas deve ser garantida, segundo Rawls, por leis que denomina "normas de justiça de fundo", para propiciar a igualdade equitativa de oportunidades, como a "educação", saúde, trabalho, moradia e outros direitos sociais.

Ainda dentro da estrutura básica, mais especificamente no segundo princípio de justiça, o da igualdade equitativa de oportunidades, Rawls demonstra a preocupação com a excessiva dominação econômica que possa levar à dominação política, em detrimento das condições sociais, econômicas e culturais, como as oportunidades de educação, propriedade e de treinamento profissional para as pessoas, independentemente da sua classe social, *verbis*:

> "A Igualdade equitativa de oportunidades significa aqui igualdade liberal. Para alcançar seus objetivos, é preciso impor certas exigências à estrutura básica além daquelas do sistema de liberdade natural. É preciso estabelecer um sistema de mercado livre no contexto de instituições políticas e legais que ajuste as tendências de longo prazo das forças econômicas a fim de impedir a concentração excessiva da propriedade e da riqueza, sobretudo aquela que leva à dominação política. A sociedade também tem de estabelecer, entre outras coisas, oportunidades iguais de *educação* para todos independentemente da renda familiar (§ 15)" (Rawls, 2002a, p. 62, grifo nosso).

Também considera que o liberalismo político inclui, dentro da estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada, a educação das crianças para a promoção da autonomia privada, como valores que governam toda a vida das pessoas. Assim, leva em conta que a educação é de fundamental importância, na medida em que ajuda as crianças a terem conhecimento de seus direitos constitucionais e cívicos; a saberem que a liberdade de consciência existe em sua sociedade.

Rawls (2002a) torna claro que a educação ajuda a preparar as crianças para serem membros plenamente cooperativos da sociedade, bem como permite que adquiram seus próprios meios de subsistência. Além disso, serve para encorajar as virtudes políticas para o cumprimento dos termos equitativos da cooperação social. Dessa forma observa:

> "Mas o liberalismo político tem um objetivo diferente e exige bem menos. Ele exigiria que a *educação* das crianças incluísse coisas como o conhecimento de seus direitos constitucionais e cívicos, de forma que, por exemplo, elas saibam que a liberdade de consciência existe em sua sociedade e que a apostasia não é um crime legal, tudo isso para garantir que a continuidade de sua filiação religiosa, quando atingem a maturidade, não esteja baseada simplesmente na ignorância de seus direitos básicos ou no medo da punição por ofensas que só são assim consideradas dentro de sua seita religiosa. A *educação* das crianças também deveria prepará-las para serem membros plenamente cooperativos da sociedade e permitir que provejam seu próprio sustento; também deveria estimular as virtudes políticas para que queiram honrar os termos equitativos de cooperação social em suas relações com o resto da sociedade" (Rawls, 2002a, p. 221, grifo nosso).

A importância dispensada pelo liberalismo político à educação da criança baseia-se no papel que as mesmas desempenharão como futuros cidadãos em valores essenciais, como a capacidade de compreender e cultivar a política; como o interesse de participar de suas instituições; e como a disposição de serem membros economicamente independentes da sociedade.

Outro ponto que merece ser destacado na estrutura básica da sociedade é o papel da família na criação e educação dos filhos, pois, sendo a família a *cellula mater*, sua função central é propiciar, de forma razoável, a formação do caráter, o cuidado dos filhos, garantindo-lhes o pleno desenvolvimento das capacidades morais, ou seja, a capacidade para desenvolver ideais, princípios, critérios, valores políticos.

Assevera ainda Rawls (2002a, p. 234) que, muito embora os princípios políticos não se apliquem diretamente à família, garantem os direitos e liberdades básicas e oportunidades equitativas a todos os seus membros. Assim a família é parte da estrutura básica, dentro do qual não se podem violar os direitos, liberdades básicas e oportunidades equitativas para a garantia da igualdade e independência dos filhos. Melhor esclarecendo, os pais devem, numa concepção de justiça, ter o devido respeito pelos seus filhos, embora isso não caiba aos princípios políticos prescrever.

Com efeito, cumpre salientar que os pais ficam proibidos, em relação aos filhos, de cometer abusos e tratá-los negligentemente, no que diz respeito à sua educação, pois o direito dos filhos constitui uma parte vital do direito familiar. Além do mais, os princípios de justiça também impõem restrições à família em nome dos filhos, que são os futuros cidadãos da sociedade e, como tais, titulares de direitos inalienáveis.

Portanto, tal direito elementar à educação não pode ser negligenciado, pois, de modo geral, uma das causas básicas, quando não a principal das desigualdades sociais, é o desleixo dos pais, no seio da família, na criação e educa-

ção dos filhos, sendo, pois, preciso que sejam tomadas providências para igualar esse encargo ou compensá-los. Nesse cenário, qualquer desvio da norma ou diretriz desse encargo exige uma justificativa especial e clara.

Acerca da cidadania e da busca da autonomia da criança, por meio da educação, Rawls destaca o valor da família bem-educada para a garantia da produção e reprodução ordenadas da sociedade e da cultura de uma geração para a seguinte. Portanto, numa sociedade democrática e justa, a educação tem o valor de cultivar e estimular atitudes e virtudes para sustentar a igualdade das crianças como futuros cidadãos.

Ainda em relação à estrutura básica da sociedade, no que se refere à aplicação do segundo princípio da justiça e da igualdade equitativa de oportunidades, Rawls (2002a, p. 103) enfatiza a preocupação com as questões de política social, no sentido de os cidadãos serem tratados de forma igualitária, nos setores de saúde e previdência social:

> "Assim, regras sensatas para manter a ordem pública e a segurança ou medidas eficientes no setor de saúde, e previdência social promovem o interesse público nesse sentido."

Quando trata das instituições básicas da justiça distributiva, relacionadas à estrutura básica da sociedade, Rawls (2002a, p. 303-307) observa que o princípio da igualdade equitativa de oportunidades deve nortear o governo, de modo a assegurar educação, cultura e emprego dentro de uma igualdade material, não simplesmente formal, aos cidadãos:

> "Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura (...). O setor de estabilização, por seu turno, luta para criar um pleno emprego razoável, no sentido de que aqueles que querem trabalho possam encontrá-lo, e a livre escolha de ocupação e o desenvolvimento das finanças sejam assegurados por uma forte demanda efetiva."

Trazendo a teoria de Rawls para a realidade brasileira, mais especificamente para a nossa realidade socioeconômica e cultural, em outras palavras, fazendo uma confrontação entre a tradição política brasileira, em relação à problemática da igualdade dos direitos sociais, econômicos e culturais, frente a uma concepção política de justiça (social, econômica e cultural), observa Abreu (2006, p. 18-26) que a teoria de Rawls se fundamenta numa razão pública e política de justiça, no sentido de possibilitar uma igualdade substantiva aos cidadãos, e cuja distribuição dos direitos e deveres seja feita de forma racional, criteriosa e justa, a partir dos dois

princípios já mencionados. No universo político e jurídico brasileiro, vê-se que não há uma correspondência entre a produção legislativa ordinária e a sua aplicação, e até mesmo de certos preceitos constitucionais, com os interesses individualmente considerados, tendo, pois, um caráter negativo. Melhor dizendo, a produção legislativa ordinária e até mesmo o regramento constitucional, para usar a expressão de Rawls, não se faz sentir na vida das pessoas.

Nesse sentido, afirma Abreu (2006, p. 22), que enquanto a proposta de organização social de Rawls está ligada a uma tradição do individualismo europeu, empírico, racional, a nossa tradição é ibérica, que prega, desde Rui Barbosa, em sua "Oração aos Moços", a desigualdade entre os desiguais, sendo, portanto, hierárquica.

Portanto, na sociedade de Rawls, os termos equitativos são recíprocos e a vantagem de cada participante é racional, mesmo porque os seus integrantes são pessoas livres e iguais substantivamente, que, implícita e coerentemente, aderem a uma concepção pública e política de justiça, em que as desigualdades devem proporcionar o maior benefício aos membros menos favorecidos da sociedade, ao passo que, na realidade brasileira, a situação de desigualdade é encarada com naturalidade, com a consequente ausência do Poder Público, dada a falta de escolas, de condições dignas de saúde, de salubridade pública, de moradia, de transporte público de qualidade, segurança, previdência social etc., ainda que tais direitos estejam previstos na Constituição e nas leis.

Assim, a nossa produção legislativa não tem correspondência na vida do cidadão brasileiro comum. Não há uma disposição coerente e refletida entre a produção e o emprego dos direitos fundamentais sociais. Não há uma relação autêntica entre os princípios, os critérios previstos na Constituição e o reconhecimento da igualdade de valores. Significa dizer, por via oposta à teoria de Rawls, que há uma incoerência, uma inautenticidade entre a doutrina abrangente e a concepção política.

Referências

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

______. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

______. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 32, n. 127, jul./set.1995.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

______. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica*: das origens a Kant. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MILANEZ, Daniela. O direto à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, jul./set. 2004.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 3, nov. 2001.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista de Direito do Estado*, a.1, n. 2, abr./jun. 2006.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

______. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta, Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

______. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

______. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

Responsabilidade civil médica

Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica

ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES

Sumário

1. Introdução

As ações de indenização por culpa médica são entranhadas por questões complexas de direito material e processual de difícil superação e solução. O desafio maior dos operadores do Direito nessa espécie de demanda é operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta profissional do médico no caso concreto. A questão é tormentosa, porque envolve necessariamente uma análise apurada do comportamento profissional do médico e os efeitos daí decorrentes à luz da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento ministrado. Nesse contexto problemático, apresentam-se em juízo as partes litigantes.

De um lado, o paciente lesado que, muitas vezes, não tem conhecimento sequer da técnica empregada pelo médico para o tratamento realizado. É também leigo na ciência médica. É ainda fragilizado pela doença ou pelas consequências do tratamento dispensado. Seus meios probatórios são normalmente insuficientes para a comprovação efetiva da ilicitude

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues é mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade Clássica de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Pós-graduado em Direito Civil. Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso do Sul.

do comportamento do profissional médico e da sua culpabilidade. Além disso, o paciente é a parte processual encarregada legalmente pelo sistema, nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, de comprovar todos os pressupostos fáticos necessários para o acolhimento da sua pretensão indenizatória, tornando a instrução probatória um calvário destinado quase sempre ao insucesso.

Do outro lado da relação processual, o profissional médico tem contra si a imputação de ter provocado um dano no paciente lesado por seu comportamento ilícito e culposo no exercício desta atividade. Ocorre que o médico tem como objeto de atuação profissional o corpo humano e toda a sua decorrente complexidade. Sua atividade sempre está sujeita a riscos que escapam de seu controle, por mais perfeita que seja sua atuação. O resultado de qualquer tratamento é sempre dependente do fator reacional e pessoal do paciente. Diante disso, é injusta a imputação de culpa pela não obtenção do resultado esperado ou almejado.

Nesse quadro, ganha grande destaque a questão do sistema probatório nas ações de responsabilidade civil médica. Por ser a responsabilidade civil por culpa médica um regime especial de reparação dos danos, pela complexidade do direito material litigioso, existe também, como consequência inevitável, um reflexo dessa dificuldade no campo processual, notadamente durante a fase de instrução probatória e, sobretudo, na distribuição do ônus da prova.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar a questão da distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil por culpa do médico.

2. Conceito de prova. Verdade material. Visão publicista do processo

Provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado previamente por qualquer das partes, a fim de influenciar na formação da convicção do juiz para a solução do caso concreto e, assim, ver atendida a pretensão ou a resistência formulada em juízo (processo).

Constitui, portanto, nos termos da doutrina de Rui Manuel de Freitas Rangel, a qual se acolhe, um conjunto de atividades destinadas a demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que foram trazidos para o processo pelas partes, e que tem como finalidade a formação da convicção íntima do julgador, portanto, com capacidade de influenciar o julgamento da causa (RANGEL, 2006, p. 20).

No curso do processo, a prova ganha importância porque é a atividade processual destinada a buscar a verdade material dos fatos controvertidos alegados pelas partes. No espaço da responsabilidade civil médica, são

objeto de prova todos os fatos alegados pelas partes que guardam pertinência com os pressupostos legais necessários para a configuração do dever de indenizar – ou seja, com o fato, a ilicitude, a culpabilidade, o nexo de causalidade e o dano, bem como todos os fatos alegados para excluir ou limitar a responsabilidade civil do médico. Não se olvida que a fase instrução probatória de uma ação de indenização por culpa médica é, por excelência, complexa e de difícil realização. Normalmente, os fatos alegados são extremamente técnicos, alheios ao âmbito de conhecimento comum.

Conforme a doutrina de Rute Teixeira Pedro (2008, p. 152-160), os termos e a linguagem utilizada na seara médica são específicos e próprios, e seu conhecimento é restrito normalmente aos profissionais da saúde. A comprovação da infração das regras da ciência médica pelo profissional é de difícil caracterização. A conduta culposa do médico por violação do dever objetivo de cuidado, caracterizadora do pressuposto da culpa necessária para configuração do dano, depende, na grande maioria dos casos, da prova pericial, cuja realização também é problemática dada a falta de profissionais disponíveis para a realização do serviço, o custo de sua realização e o espírito corporativo que impera no âmbito das entidades profissionais de classe.

Toda essa complexidade probatória tem como consequência inevitável a constatação irrefutável de que as ações de responsabilidade civil por culpa médica são demandas que, normalmente, se prolongam no tempo por exigir uma série de atividades instrutórias para a comprovação dos fatos técnicos alegados, tornando espinhoso o caminho traçado até o necessário amadurecimento das questões de fato, imprescindível para a prolação da decisão final pelo magistrado.

Diante disso, o aspecto central da atividade probatória nas ações de responsabilidade civil por culpa médica guarda pertinência lógica com a questão de saber qual das partes é responsável pela produção da prova de um determinado fato e qual a consequência da falta da prova para o julgamento final da querela. Surge, então, a necessidade de se analisar o instituto jurídico do ônus da prova na ação de responsabilidade civil por culpa médica.

3. Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo. Distribuição do ônus da prova

O ônus consiste num imperativo imposto ao próprio interesse da parte (VALLEJOS, 2008, p. 455). É um poder que atua dentro da esfera de liberdade do indivíduo, cujo exercício é uma faculdade imposta como condição para a obtenção de uma determinada vantagem processual.

Em termos de Direito Probatório, ônus tem o mesmo significado de carga da prova. Para Ivana Maria Airasca (2008, p. 129), a carga da prova pode ser definida como a faculdade que se concede às partes de provar, em seu próprio interesse, os fatos que fundamentam sua pretensão ou exceção. É o poder ou a faculdade de executar livremente um ato previsto em uma norma jurídica em benefício próprio, sem coação, mas cuja inexecução acarreta a perda de um benefício, ou de uma chance. Assim, não se pode obrigar ninguém a fazer a prova. Entretanto, a consequência da falta da prova é a desconsideração, pelo julgador no momento de proferir a sentença, do fato afirmado pela parte que não o comprovou. O risco é, portanto, da parte que tem o interesse na realização da prova.

As regras sobre o ônus ou carga da prova estão dirigidas tanto para as partes (ônus da prova subjetivo) quanto para o juiz (ônus da prova objetivo).

Como regra de conduta para as partes, o ônus probatório impõe a faculdade de que as

partes dispõem de provar os pressupostos fáticos que invocam como fundamento de suas respectivas pretensões, defesas ou exceções. Em outras palavras, deve fazer a prova do fato controvertido alegado em juízo para não sofrer o risco de um resultado desfavorável em caso de não formação da convicção do julgador como consequência da prova frustrada ou não realizada. É o aspecto subjetivo (concreto) do ônus da prova; logo, direito processual ligado à atividade probatória das partes.

No tocante ao ônus probatório como regra de julgamento para o juiz, aplica-se a medida como solução para o deslinde da lide nas hipóteses em que o julgador, transcorrida toda a instrução probatória realizada, não se convencer sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes, ante a ausência de produção de provas sobre determinado fato relevante e controvertido ou por sua obscuridade, impondo-se ao juiz o dever de solucionar a lide segundo uma regra de julgamento pré-determinada. Assim, como ao juiz não é permitido escusa no julgamento da causa (*non liquet)*, ou seja, o julgador não pode se abster do julgamento por não formação de sua convicção pessoal, restará como medida subsidiária o dever de aplicação da regra abstrata legalmente prevista para solucionar o entrave em desfavor da parte que tinha o encargo da prova do fato alegado e não o fez a contento, com o consequente acolhimento da pretensão da parte contrária que estava desincumbida do ônus probatório necessário. É o aspecto objetivo (abstrato) do ônus da prova; assim, direito público ligado à atividade jurisdicional estatal.

No regime jurídico brasileiro, a distribuição do ônus da prova está regulamentada pela regra legal estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil. Trata-se do acolhimento da teoria de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, ao passo que a parte demandada tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Desse modo, a distribuição do ônus da prova entre autor e demandado é realizada segundo a natureza dos fatos invocados e tem como substrato o princípio da igualdade, pois o encargo de alegar e provar distribui-se entre as partes na medida em que estas adquirem suas respectivas pretensões. Para essa teoria, é imprescindível a classificação dos fatos para a distribuição do ônus da prova. O autor tem a incumbência de fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito. O réu tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

No âmbito da responsabilidade civil médica e segundo a distribuição do ônus da prova estampada pela regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, é de incumbência do paciente lesado a prova de todos os pressupostos fáticos necessários para configuração do dever de indenizar, ou seja, fato, ilicitude, culpabilidade, dano e nexo de causalidade. Esse encargo é penoso e, muitas vezes, conduz à improcedência do pedido.

Logo, o modelo legal para a distribuição do ônus da prova adotado pelo sistema jurídico brasileiro, baseado na natureza dos fatos alegados, como qualquer outro dos critérios legais existentes, mostra-se insuficiente para abarcar adequadamente todos os casos submetidos a julgamento, especialmente, na questão da responsabilidade civil médica.

4. Teoria da inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor

A regra da distribuição do ônus da prova é, em geral, estática. Assim sendo, disciplinada pela lei a distribuição do encargo probatório aos litigantes, impõe-se às partes obediência

ao comando legal, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis que surgem pela falta ou insuficiência de prova para o julgamento da demanda, em especial o não acolhimento da pretensão pelo juízo.

Ocorre que, por alguma disposição legal, essa regra geral da distribuição do ônus probatório pode ser alterada, modificada. É a chamada e conhecida inversão do ônus da prova, que ocorre quando não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do fato o ônus de demonstrar a verdade, mas, sim, sobre a contraparte, que então terá a incumbência de provar o fato contrário (RANGEL, 2006, p. 188).

A inversão do ônus da prova implica, necessariamente, uma presunção legal. Invertido o ônus da prova, presume-se provado o fato que sustenta o pressuposto fático favorável à parte beneficiada pela inversão. Logo, a parte que, em tese (pela regra geral), tinha o ônus da prova, fica desonerada, dispensada desse encargo. De outro lado, a parte que, pela regra geral, não tinha qualquer ônus probatório em relação a esse pressuposto, agora tem o encargo exclusivo de provar o fato contrário.

Segundo Manuel Rosário Nunes (2007, p. 34-35), a inversão do ônus da prova, mais que facilitar o ônus probatório cuja incumbência é do lesado paciente, acarreta uma verdadeira dispensa do encargo de demonstrar a culpa do lesante, recaindo sobre este (lesante) a demonstração de que agiu sem culpa, cabendo fazer a prova do contrário.

Só existe legitimidade para inversão do ônus da prova em situações previstas em lei. A inversão do ônus da prova não é uma medida aleatória do juízo. Seu âmbito de incidência é limitado em casos ou hipóteses também previstos pela lei.

No Brasil, a única regra do Código de Processo Civil (BRASIL, 1990) que autoriza a inversão do ônus da prova é a que dispõe sobre a convenção válida entre as partes, nos termos do parágrafo único do artigo 333. Sistematicamente, existe também a inversão do ônus da prova por força do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Partilha-se do entendimento de que a mera dificuldade do encargo probatório, por maior que seja para a parte onerada, por si só, não justifica a inversão do ônus da prova por determinação judicial[1].

Em face desse enquadramento da inversão do ônus da prova, pode-se dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe um sedimentado entendimento doutrinário[2] e jurisprudencial[3] que sustentar a aplicabilidade do CDC na relação jurídica mantida entre o médico e o paciente.

Para tanto, considera-se o CDC como o regime jurídico matriz da responsabilidade civil médica. Para essa ilação, o raciocínio é singelo: o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final. A relação jurídica entre ambos, portanto, é de consumo. Ainda, existe uma referência em relação à responsabilidade civil pessoal do profissional liberal, expressa nos termos do § 4º do artigo 14, ao dispor que será apurada mediante a verificação de culpa.

---

[1] No Brasil, existe um movimento doutrinário e jurisprudencial assentado na ideia de inversão do ônus da prova sem autorização legal, amparada pela dificuldade do encargo para a parte onerada. Nesse sentido, ver: MARINONI, 2009. Também: ARENHART, 2009. Em Portugal, é amplamente dominante o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a simples dificuldade probatória não é suficiente para justificar a inversão do ônus da prova.

[2] TEPEDINO, 2006, p. 117; SANSEVERINO, 2007, p. 201; NUNES, 2007, p. 222-233; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 391; VENOSA, 2003, p. 92; GONÇALVES, 2010, p. 257; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2003, p. 233; RIZZARDO, 2005, p. 337; LOPES, 2004, p. 111; BARBOZA, 2005, p. 79;83.

[3] Entre outras: Superior Tribunal de Justiça (STJ), *Recurso Especial nº 1.216.424-MT*, julgamento em 09.08.2011, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi e *Recurso Especial nº 986.648-PR*, julgamento em 10.05.2011, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Fonte: www.stj.jus.br.

Logo, nos termos do CDC, a responsabilidade pessoal do profissional liberal é subjetiva.

Em relação à distribuição do ônus da prova, o CDC dispõe, como medida de proteção, a tutela geral da inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso VIII.

Com base nessas premissas, consequentemente, segundo parte da doutrina[4] e da jurisprudência brasileira[5], é possível compatibilizar a regra da responsabilidade civil subjetiva do médico, consubstanciada no pressuposto da culpa (artigo 14, § 4º), com a regra da inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII), presentes os requisitos legais necessários (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência técnico-econômica).

Nesse quadro, o paciente lesado, autor da ação indenizatória, fica excluído do encargo de provar a culpa do médico no caso concreto, ou seja, presume-se que o médico agiu com culpa para a produção do dano objeto de indenização. Durante a instrução processual, o paciente não tem o ônus de produzir prova da culpa do médico, nada contribuindo, nesse sentido, para a formação da convicção do julgador.

De outro lado, o encargo probatório da contraprova é exclusivo do profissional médico. Cabe a ele, portanto, demonstrar, durante a instrução, que não agiu com culpa para a produção do resultado danoso ou que o evento lesivo teve como causa um fator estranho à sua conduta profissional.

A questão que se levanta nessa matéria é analisar, de forma isenta e sem os arroubos de paixão que o CDC provoca na doutrina e jurisprudência brasileira, se o paciente pode realmente ser equiparado a um consumidor para fins de incidência do referido Código.

E, nessa importante problemática, entende-se que não. O CDC foi previsto pela Constituição Federal para a atuação na defesa da ordem econômica no âmbito do mercado de consumo, que se caracteriza por questões de caráter meramente econômico, em que se pressupõe a busca do lucro, amparado em pressuposto de resultado exato e seguro. O empreendedor do livre mercado de consumo assume riscos porque sua atividade é vantajosa. Quem aufere lucros de uma atividade vantajosa assume, em contrapartida, todos os riscos dessa atividade, respondendo integralmente pelos danos eventualmente causados, razão pela qual

---

[4] LÔBO, 2010, p. 389-398; ZULIANI, 2010, p. 399-432; SANSEVERINO, 2010, p. 203.

[5] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS): *Apelação 70009752353*, de 14.09.2004, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana. Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE): *Agravo 0183584-9/02*, de 26.08.2009, Relator Desembargador Jovaldo Nunes Gomes. Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR): *Apelação 0703438-0*, de 07.04.2011, Relatora Rosana Amara Girardi Fachin; *Agravo 0746104-3*, de 12.05.2011, Relator Desembargador Arquelau Araújo Ribas. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC): *Agravo 2010.009755-4*, de 30.09.2010, Relator Luiz Carlos Freyesleben.

toda a estrutura da responsabilidade civil no arcabouço jurídico do CDC está centrada na responsabilidade objetiva.

O médico, em contrapartida, é um profissional da saúde. O mercado de atuação é assistencial, ou seja, labora em favor do paciente, tendo em vista a garantia de um direito absoluto à saúde. O serviço médico não se confunde com prestação econômica em sentido estrito. O exercício da medicina não tem, como fim central, a busca do lucro, mas, sim, a cura da doença ou sua prevenção. O risco da atividade médica é decorrência do estado natural e pessoal do paciente, inerente à sua condição de pessoa humana, carente de tratamento profissional. O risco da atividade não se reverte em favor do médico; ao contrário, torna sua atuação muito mais complexa, porque especializada e sujeita a fatos que, naturalmente, são imprevisíveis e incontroláveis. O objeto sobre o qual recai a atividade médica é o próprio corpo das pessoas. Por consequência, a responsabilidade decorrente da atuação do médico é dependente de seu comportamento profissional, de sua conduta. Daí a importância do pressuposto da culpa, caracterizada pelo dolo ou negligência. A responsabilidade, portanto, é subjetiva.

O mercado de consumo existe entre agentes econômicos, que estão subordinados às leis de mercado. O regime jurídico é o do disposto nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal, sob o título "Da Ordem Econômica e Financeira". O profissional médico está sujeito ao mercado assistencial, subordinado às regras ditadas pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, que têm relação com a Ordem Social.

Mercado de consumo não se confunde com mercado assistencial. São ontológica e axiologicamente distintos. Na relação de mercado de consumo, o fornecedor não pode, por razões legais e situações lícitas, negar a efetuação do negócio na eventualidade de o consumidor aceitar a oferta do produto ou do serviço oferecido e disponibilizar a retribuição necessária (pagamento). Ou seja, o fornecedor não pode negar a venda do produto ou serviço oferecido ao mercado. Na relação de assistência médico-paciente, o profissional está autorizado, com exceção de casos de urgência e iminente perigo de morte, a negar atendimento por questões de ordem pessoal e profissional. No mercado assistencial, assim, pode ser legítima a negativa do profissional liberal médico em realizar o atendimento, por razões éticas ou por não dominar determinada especialidade, por exemplo.

Também não se confundem pacientes com consumidores, por terem realidades objetivas distintas: os serviços médicos são prestados por necessidade (doença ou prevenção) ou conveniência (estética), gerando obrigação *intuitu personae*, que se diferenciam caso a caso pelos riscos particularizados dos pacientes, pelas distintas expectativas de resultado e pelas circunstâncias subjetivas de cada paciente. O consumidor, ao contrário, adquire o bem ou o serviço por conveniência, de forma voluntária, para satisfação de uma expectativa pessoal (FARAH, 2010, p. 370).

Ainda na mesma linha argumentativa, torna-se imperioso ressaltar, como reforço, que o legislador, ao definir a figura do fornecedor nos termos do artigo 3º do Código, o conceituou como qualquer pessoa, física ou jurídica, que, de forma habitual e mediante desempenho de atividade mercantil ou civil, realiza atos de colocação de produtos ou serviços à disposição do consumidor.

Também nessa linha, no § 2º do artigo 3º, o legislador foi mais longe em relação a certos tipos de serviços representativos de atividades específicas, para expressamente nominá-los como inseridos no mercado de consumo e, portanto, sob a égide de incidência do CDC. Nesse sentido, considerou expressamente como

serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, "inclusive, as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Quer isso dizer, portanto, que o CDC considerou como serviço, de forma genérica, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Além disso, de forma específica, o Código considerou inseridas no mercado de consumo as atividades de natureza bancária, financeira, creditícia e securitária. Em relação à atividade do profissional liberal, em especial para o médico, o legislador foi totalmente silente na definição legal. E foi silente justamente porque não considerou a atividade específica do médico como inserida no mercado de consumo[6].

Por todas as razões anteriormente expostas, acrescidas pelo fato de que, conforme exposto por Miguel Kfouri Neto (2010, p. 43), em nenhuma outra atividade profissional o êxito estará sujeito a tantos fatores que fogem por inteiro do controle quanto na medicina, entende-se que o CDC não se aplica à relação jurídica entre o médico (profissional liberal) e o paciente.

Esse entendimento de inaplicabilidade do CDC na relação médico-paciente é também comungado por Rui Stoco (2011, p. 625), que apresenta um argumento interpretativo lógico de ordem formal – portanto, de significativo valor –, no seguinte sentido: o legislador, ao dispor no artigo 14, § 4º, do CDC, que a responsabilidade pessoal do profissional liberal é apurada mediante culpa e, ao mesmo tempo, no *caput* do artigo 14, prever que o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados, teve o propósito deliberado de retirar da regência do Código os profissionais liberais.

Segundo esse entendimento, o qual se acolhe integralmente, a cabeça do artigo estabeleceu a regra geral a ser seguida no estabelecimento da responsabilidade civil; ou seja: a responsabilidade civil do fornecedor prestador de serviço é objetiva. O parágrafo quarto, entretanto, excluiu dessa regra geral os profissionais liberais, de forma deliberada, ao dispor que a responsabilidade civil nesse caso é subjetiva, de modo a remetê-los a outro sistema normativo que também adote como regra geral a responsabilidade subjetiva, ou seja, o próprio Código Civil.

No mesmo sentido, é o entendimento de Jesús Miguel Lobato Gómez (2004), que ainda acrescenta o caráter *intuitu personae* da responsabilidade civil médica, gerada na confiança pessoal, e segundo o qual a atividade médica não se compadece e se compreende com o "tráfico de massa" consumerista, em que todas as prestações são sempre uniformes e impessoais.

---

[6] Nesse sentido o escólio de LOBATO GÓMEZ, 2004.

Enfim, diante de tudo o que foi apresentado, a conclusão extraída é que, definitivamente, o paciente não pode ser equiparado ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser o regime legal matriz da responsabilidade civil do médico, consequentemente, não se aplica a regra da inversão do ônus probatório em favor do paciente, nos termos do artigo 6º, inciso VIII[7].

A solução, portanto, para a questão da distribuição do ônus da prova nas demandas de responsabilidade civil do médico passa, necessariamente, pela aplicação da teoria da carga probatória dinâmica.

5. Teoria da carga probatória dinâmica. Definição. Caracterização. Incidência. Efeitos

A teoria da carga probatória dinâmica foi inspirada e reconhecida originariamente pela jurisprudência da Argentina[8]. Sua sistematização dogmática ficou a cargo do processualista Jorge Walter Peyrano, reconhecido no meio acadêmico portenho como o mentor da teoria[9].

Pode ser definida a teoria da seguinte forma: instrumento processual destinado a dinamizar a regra processual da distribuição do ônus da prova, para casos excepcionais de difícil solução probatória em que o magistrado atua sem a formação efetiva da convicção da verdade dos fatos controversos, constituindo-se em uma pauta de valoração do julgador sobre o material probatório coletado ao longo da instrução processual, atribuindo, em desfavor da parte que tinha as melhores condições fáticas, profissionais, técnicas e econômicas, o encargo de suportar a falta da prova ou a prova deficiente, desacolhendo sua pretensão.

É a carga da prova dinâmica, portanto, o meio processual que fundamenta um juízo valorativo de deslocação e de flexibilização dos efeitos da distribuição do ônus probatório, na hipótese de ausência ou insuficiência da prova necessária para o deslinde da querela. O efeito da

---

[7] No mesmo sentido de inaplicabilidade do CDC na relação médico-paciente, ver o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP): *Agravo Regimental 1557/05*, de 13 de dezembro de 2005, Relator Desembargador Luiz Carlos. Fonte: www.tjap.jus.br.

[8] O primeiro caso relatado pela doutrina refere-se a um julgamento da Corte Suprema de Justiça, no ano de 1957, referente a uma ação de enriquecimento ilícito de um funcionário público, conhecido como caso "Perón, Juan Domingo" (WHITE, 2008, p. 71).

[9] A doutrina da carga probatória dinâmica foi lançada pelo autor no artigo *Lineamentos de las cargas probatorias "dinámicas"*, republicado na obra coletiva *Cargas probatorias dinámicas* (PEYRANO; WHITE, 2008). A doutrina de Pacífico (2011, p. 222-231), sustenta que doutrinas antigas, entre as quais a de Bentham e Demogue, já utilizavam essa técnica para regular a distribuição do ônus probatório. No mesmo sentido é o entendimento de Grande (2005, p. 45). Em termos de responsabilidade civil por culpa médica, segundo Airasca (2008, p. 135), o primeiro caso de aplicabilidade provém de um julgamento em primeira instância do Distrito da cidade de Rosario, confirmado pela Câmara de Apelação em 1978.

não realização da prova ou da sua insuficiência deixa de recair sobre a parte legalmente destinada a realizar a prova, mas que assim não o fez, no curso da instrução, de forma satisfatória por absoluta impossibilidade de fazê-lo, para incidir sobre a outra parte, que estava em melhores condições fáticas, profissionais, técnicas ou econômicas para sua produção – portanto, com possibilidade de realizá-la –; entretanto, assim não o fez, por mera estratégia processual (inércia enquanto a parte contrária não se desincumbe de seu encargo legal).

A teoria da carga probatória dinâmica tinha a intenção de deslocar a rigidez do ônus probando, na sua versão objetiva, para casos específicos e concretos que se destacam pela peculiar dificuldade de produção de provas pela parte onerada, por razões alheias a sua vontade. Portanto, tem incidência nas situações em que a parte encarregada de produzir a prova de fato empenhe todo o esforço necessário possível para sua realização, que ao cabo se mostra inútil pela dificuldade técnica e fática apresentada.

Essa teoria prega, portanto, para sua caracterização, que, diante da situação de dúvida instaurada pela não formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos controvertidos alegados, a valoração do encargo probatório deve recair sobre a parte que disponha das melhores condições técnicas, fáticas, profissionais ou econômicas para a realização da prova, independentemente da posição assumida na relação jurídica processual (autor ou réu) e independentemente da natureza dos fatos alegados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos).

Portanto, a incidência (aplicação) da teoria da carga probatória dinâmica só tem justificativa em casos extremos, ou seja, para aquelas situações em que a tradicional repartição legal do ônus da prova gera consequências claramente inconvenientes, inócuas, injustas para a parte incumbida do encargo. Logo, é amplamente pacífico, na doutrina autorizada[10], que a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica é realizada de forma excepcional, em apenas alguns casos específicos, e sua interpretação é sempre restritiva. A responsabilidade civil do médico, por certo, na grande maioria dos casos, encaixa-se perfeitamente nessa situação especial.

Apesar de gozar de certa autonomia, a teoria da carga probatória dinâmica não existe por si só. Não se aplica a carga dinâmica da prova de forma isolada. Para sua aplicabilidade, não se exclui a regra legal vigente no ordenamento jurídico sobre distribuição do ônus da prova. Ao contrário, a teoria da carga probatória dinâmica convive e complementa a teoria legal da distribuição do ônus da prova, sendo, na verdade, um comando subsidiário que altera a solução final empregada, fundamen-

---

[10] Por todos, ver: BARACAT, 2008, p. 272.

tada na busca de um valor de justiça para o caso concreto e da igualdade processual entre as partes.

A teoria da carga probatória dinâmica funciona, ontologicamente, como uma regra de juízo, indicativa de como deve decidir o julgador quando não encontre a prova dos fatos sobre os quais deve basear sua decisão, permitindo o julgamento do mérito e evitando o *non liquet*.

Apoiado sobre todo o conjunto probatório realizado pelas partes durante o curso da instrução processual, e permanecendo o estado de dúvida sobre a veracidade dos fatos controvertidos apresentados, o magistrado prolata sua decisão em desfavor da parte que estava em melhores condições para a realização da prova e, mesmo assim, não foi capaz de demonstrar satisfatoriamente a veracidade dos fatos afirmados em juízo.

Portanto, a solução apresentada independe da posição processual das partes e da natureza dos fatos alegados. Também não guarda nenhuma relação com a inversão ou alteração do ônus da prova, impondo a colaboração efetiva do autor e do réu na instrução processual e na busca da verdade material possível.

Esse ponto é fulcral para a compreensão da teoria da carga probatória dinâmica. A adoção da teoria não significa que a parte autora da demanda indenizatória esteja isenta do encargo de produzir prova sobre a culpa do médico ou nexo de causalidade; ou seja, não lhe confere a vantagem de alegar os fatos que consubstanciam sua pretensão e esperar comodamente que a parte devedora (o profissional médico ou hospital) comprove o fato contrário.

A teoria da carga probatória dinâmica impõe a efetiva contribuição das partes para a busca da verdade real, exigindo um comportamento probatório ativo, sob pena de sofrer os efeitos da falta ou insuficiência da prova, com a sucumbência da pretensão.

Somente serão efetivados os efeitos da teoria da carga probatória dinâmica na estrita e excepcional situação de persistir dúvida sobre a veracidade de algum pressuposto fático necessário para a solução do litígio, não obstante os esforços probatórios de ambas as partes para a comprovação dos fatos, pois, se alguma parte assumir um comportamento passivo na instrução processual, não se desincumbindo do encargo de provar os fatos do modo que lhe for possível, sua pretensão não será acolhida por força da regra tradicional do ônus da prova.

Como os efeitos da falta ou insuficiência da prova dos fatos controvertidos alegados em juízo, recaem sobre a parte que se encontre em melhores condições de provar, a questão que surge é saber qual o critério para definir justamente qual das partes está beneficiada por esta posição de superioridade probatória.

Está em melhores condições de fazer a prova de um determinado fato controvertido quem dispõe da prova dos fatos por razões técnicas, profissionais, econômicas ou jurídicas. Quer dizer, apresenta melhores condições de provar quem detém os meios idôneos para produzir a prova, seja por ter o conhecimento técnico e fático necessário para o esclarecimento dos fatos, seja por ter intervindo de forma direta no fato danoso (BARBERIO, 2008, p. 99-102).

Como sua incidência é restringida para casos especiais em que é evidente a supremacia de uma das partes no tocante à possibilidade de realização da prova dos fatos afirmados em juízo, a definição de qual das partes está em melhores condições acaba por ser normalmente intuitiva, natural, notória e de fácil constatação. Para tanto, basta o magistrado valer-se das regras das máximas de experiência que o caso requer.

5.1. Sistema de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica. Vantagem. Fundamento jurídico. Advertência de procedimento e regra de julgamento. Limites para sua aplicabilidade

A aplicabilidade da teoria no caso concreto deve ser realizada conjuntamente com a norma do sistema responsável pela repartição do ônus da prova e sua sistematização ocorre em duas etapas:

Instaurada a demanda, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, cada parte deverá alegar os fatos e produzir a prova dos pressupostos fáticos que embasam a norma legal invocada em seu benefício. Logo, durante toda a realização da instrução probatória, vige a regra tradicional do ônus subjetivo da prova. Cada parte deverá fornecer a prova suficiente dos pressupostos fáticos que corresponde ao seu interesse, à sua necessidade, sob pena de suportar o risco de sua frustração, perdendo a ação.

Ao curso de toda a regular instrução processual, existindo prova suficiente para a formação da convicção do julgador, é proferida a sentença em conformidade com a prova efetivamente produzida pelas partes. Da mesma forma, existindo um comportamento passivo de qualquer das partes, que simplesmente deixou de fazer qualquer prova dos fatos que lhe sejam favoráveis, não obstante a possibilidade de realizá-la durante a instrução processual, sua pretensão será desacolhida com base na regra tradicional do ônus da prova. Do contrário, ao final de toda a instrução processual, pode ocorrer que as partes não tenham produzido suficientemente as provas necessárias para ilidir qualquer dúvida do julgador e formar sua convicção sobre a veracidade dos fatos. Surge, então, a necessidade de decidir com base em algum critério axiológico normativo.

Como consequência, tem início a segunda etapa do procedimento de aplicabilidade da teoria para incidir no caso concreto a carga probatória dinâmica, que consiste em afastar, deslocar, aliviar, flexibilizar, aperfeiçoar, complementar (expressões usadas pela doutrina específica sobre a matéria) a regra de julgamento objetiva do ônus probatório tradicional, para, então, valorar os efeitos da falta da prova em desfavor da parte que tinha as melhores condições no caso concreto de produzi-la e assim não o fez.

Por isso, é unânime o entendimento na doutrina argentina no sentido de que a teoria da carga probatória dinâmica é representativa do aspecto objetivo do ônus da prova. Na verdade, a teoria tem, como efeito prático, servir de norte valorativo sobre os efeitos da falta da prova no caso concreto, ao apontar ou indicar a parte que teve as melhores condições de realizar a prova como a prejudicada na resolução final do processo, com o não acolhimento de sua pretensão deduzida em juízo.

A grande vantagem da teoria da carga probatória dinâmica é impedir que a parte que tenha as melhores condições para realização da prova, por possuir o conhecimento fático e técnico para comprovação da verdade real dos fatos controvertidos, assuma, durante o transcurso da instrução processual, uma atividade passiva e inerte em termos probatórios[11].

Isso não é incomum nas lides de responsabilidade civil por culpa médica, submetidas e regidas pelo sistema tradicional do ônus da prova, em que o profissional demandado – designadamente em melhores condições probatórias que o paciente lesado – simples e comodamente aguarda todo o desfecho probatório de um caso de difícil solução, sem nada contribuir para o esclarecimento da verdade dos fatos, uma vez que em princípio o encargo probatório de todos os requisitos legais necessários para o dever de indenizar (fato, ilícito, culpa, nexo causal e dano) é de incumbência do paciente lesado, autor da ação, recaindo sobre si as consequências da não realização da prova.

A teoria da carga probatória dinâmica, assim, tem o condão de proporcionar um esforço probatório recíproco entre as partes para o esclarecimento da verdade real dos fatos. Sua base de fundamentação está assentada no princípio da solidariedade e da cooperação processual. As partes têm o dever processual de colaborar entre si para retirar a verdade dos fatos, bem como cooperar com o órgão jurisdicional para que seja proferida uma sentença justa no caso concreto.

Logo, a teoria está amparada também pela boa-fé processual que deve nortear as condutas das partes durante todo o curso procedimental. Da mesma forma, aproxima os litigantes para uma possível situação de igualdade processual, tornando o equilibrado embate instaurado e o processo justo e equânime, sem a desproporcionalidade de forças originárias que seriam capazes de culminar em um processo formalmente válido, entretanto, com a produção de uma sentença materialmente injusta.

O entendimento da teoria ora desenvolvida está relacionado com a questão do momento lançado pelo julgador para o reconhecimento da aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica no caso concreto. Como a solução ventilada pela teoria da carga probatória dinâmica não tem supedâneo legal, aliado ao fato de que sua aplicabilidade é restrita a casos excepcionais, pressupondo, de um lado, conforme Luis Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 228), que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir a prova de determinado fato ou tenha extrema dificuldade para tanto e, de outro, que a parte adversa tenha relativa facilidade para desincumbir-se de seu encargo probatório, é imprescindível que o órgão julgador, necessariamente antes do início da

[11] Nesse sentido, ver a doutrina de TEPSICH, 2008, p. 162-166.

fase probatória, advirta as partes sobre a possibilidade de aplicação da teoria da dinamização da carga probatória no caso concreto[12] (PERYANO, 2008, p. 88-92), quando for proferir a sentença.

É importante ressaltar que a advertência judicial sobre a possibilidade de aplicação da teoria tem a finalidade de evitar qualquer surpresa para as partes com a solução final a ser proferida. Implicitamente, ainda, tem o condão de convocar as partes para adotarem uma conduta processual cooperativa, leal, baseada na boa-fé processual e na busca da verdade real processualmente atingível para o caso concreto, tornando a esfera ambiental do processo a mais propícia possível para um julgamento justo ou equânime.

A manifestação judicial de advertência da possibilidade de aplicação da teoria não tem o poder de antever, de forma definitiva, qual das partes está em melhores condições de realizar a prova. É fato que essa conclusão somente será possível após a instrução processual e somente será necessária diante do não convencimento do magistrado sobre a verdade dos fatos controvertidos. Por isso, durante a advertência, nenhum juízo de valor pelo órgão julgador deve ser realizado sobre a capacidade probatória das partes. A advertência é realizada, portanto, de forma simples e genérica. Basta enunciar a teoria.

De outro lado, após a realização de toda a instrução processual e colhida toda a prova produzida em juízo pelas partes litigantes, persistindo a dúvida sobre a veracidade dos fatos relevantes controvertidos e não formada a convicção do julgador para a prolação da sentença, a efetiva aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica tem a natureza jurídica de regra de julgamento.

Assim, é na sentença que o julgador deverá efetivar sua aplicabilidade no caso concreto, valendo-se de seus termos para adjudicar os efeitos negativos da falta ou deficiência da prova em desfavor da parte que estava em melhores condições para a sua realização, não acolhendo sua pretensão deduzida em juízo.

Logo, a teoria da carga probatória dinâmica como procedimento é mera advertência judicial e, como base para o julgamento da demanda, é uma regra de valoração dos efeitos da falta ou deficiência da prova.

Como a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica, em termos dogmáticos, tem efeitos de grande repercussão no âmbito do direito material e processual, e por inexistir uma disposição legal autorizadora de sua incidência no caso concreto, há necessidade de limites

---

[12] Em sentido contrário, dizendo que advertência sobre a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica não pode ser antecipada pelo órgão julgador (BARACAT, 2008, p. 280-281).

objetivos que tenham como finalidade evitar o uso indiscriminado da solução aventada e impedir qualquer arbitrariedade do órgão julgador.

Como consequência, a aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica jamais poderá ser realizada de forma indiscriminada pelo julgador e sem critério de incidência. Como já exposto, seu âmbito de vigência é restrito. Somente para casos de difícil solução probatória, em que uma das partes se encontra em posição de superioridade em termos fáticos, profissionais, técnicos e econômicos para a produção da prova em detrimento da outra parte, é que se legitima sua aplicabilidade pelo operador jurídico. Também seu campo de atuação é restrito para aquele caso em que a regra tradicional objetiva da distribuição do ônus da prova provoque uma situação de patente injustiça no caso concreto, diante das suas particularidades.

Também, como elemento delimitante do uso indiscriminado da teoria, é imprescindível que o órgão julgador expressamente justifique, na sentença prolatada, fundamentadamente, as razões fáticas e de direito que o levaram a imputar as melhores condições probatórias em desfavor de parte, que será sucumbente, em detrimento da outra, que terá, por via indireta, acolhida sua pretensão.

A efetividade dos efeitos da teoria da carga probatória dinâmica incide no resultado do julgamento da demanda, acolhendo a pretensão da parte que estava em pior situação fática, profissional, técnica ou econômica para a produção da prova. Como constitui critério valorativo para o resultado do julgamento da causa, essa decisão está submetida a um regime de efetivo duplo grau de jurisdição e é passível, pois, de reapreciação pelo órgão jurisdicional *ad quem*, por força do efeito devolutivo do recurso adequado a ser interposto.

Diante disso, é importante mencionar, ainda, que a teoria da carga probatória dinâmica não se confunde ou guarda relação com a teoria da inversão do ônus da prova. É absolutamente necessário afirmar que teoria da carga probatória dinâmica não é inversão do ônus da prova.

Na inversão do ônus da prova, como já exposto, a lei (para os casos expressamente previstos) ou o juiz (para quem defende a possibilidade de ocorrência com base na mera dificuldade probatória) opera-se uma presunção em favor da parte beneficiada consistente na veracidade do fato alegado, desobrigando-a do encargo de fazer qualquer prova em relação ao fato ou pressuposto da norma presumido. Dessa forma, incumbe exclusivamente à parte adversária fazer a contraprova para desconsiderar a presunção estabelecida. Assim, na inversão do ônus da prova da culpa do médico, a parte lesada, credora da relação, fica desobrigada de provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia no caso contrário. Presume-se a culpa. É ônus do médico demandado, portanto, a exclusiva atividade probatória para demonstrar que não agiu com culpa no caso. A formação da convicção da veracidade dos fatos alegados, assim, é feita com amparo em uma única base probatória: a do médico. No caso, quem assume uma posição de inércia e passividade probatória é o paciente lesado. Enquanto o médico não se desincumbir do encargo de demonstrar que não agiu com culpa, o paciente lesado não precisa fazer nenhuma prova dessa culpa.

Na teoria da carga probatória dinâmica, o encargo de realizar a prova é partilhado entre os litigantes. Como inexiste inversão do ônus da prova e incide a advertência de acolhimento da teoria, ao paciente lesado incumbirá o ônus da alegação e da prova de todos os elementos fáticos necessários para o acolhimento de sua pretensão (naquilo que for possível, ou pelo menos indício) e, ao médico demandado, o ônus de demonstrar a contraprova desses fatos.

A formação da convicção da veracidade dos fatos alegados controvertidos, desse modo, é feita com amparo em duas bases probatórias: a do autor lesado e a do médico demandado. Por isso, fala-se em cooperação e partilha do encargo probatório. Por consequência, um prisma melhor para a busca da verdade real. O juiz, assim, tem mais subsídios probatórios para formar sua convicção sobre os fatos e decidir a lide. Somente em última razão e diante do não convencimento sobre a verdade dos fatos é que será lançada a teoria da dinamização do ônus probatório como regra de decisão.

5.2. Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Toda a estrutura da teoria da carga probatória dinâmica está centralizada na justiça do caso concreto. É a busca constante, portanto, de um processo justo e equitativo.

A concepção da teoria da carga dinâmica da prova é sedimentada, portanto, pela efetivação dos direitos fundamentais no âmbito processual. O direito de acesso aos Tribunais, representativo da efetivação da jurisdição, somente estará configurado com a adequada tutela do direito material. O direito à jurisdição não se restringe ao âmbito formal, mas se estende, também, ao direito fundamental a um processo equitativo, que é, na verdade, o direito a uma jurisdição efetiva que conduza a resultados individual e socialmente justos.

Por consequência, a teoria da carga probatória dinâmica encontra guarida no direito fundamental ao processo justo. Assim, diante da excepcionalidade do caso concreto e da injustiça da técnica normativa prevista em lei para a solução do resultado material almejado, o juiz dimensiona o dispositivo legal inadequado à luz dos direitos fundamentais para suprimir ou atenuar sua aplicabilidade, impondo uma nova técnica que garanta às partes a observância do processo justo. O direito fundamental ao processo justo, equitativo, encontra base constitucional no artigo 5º, XXXV, LIV e LV.

Aliado ao direito fundamental de acesso a um processo justo, ainda na seara constitucional, é importante destacar o valor do direito fundamental do contraditório[13] e da igualdade substancial entre as partes[14], como supedâneo de aplicabilidade da teoria da carga probatória dinâmica no sistema jurídico brasileiro.

Nessa esteira, acolhe-se a concepção moderna de contraditório processual, entendida, consoante José Lebre de Freitas (2009, p. 108-109), como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, com a possibilidade real de influenciarem amplamente todos os elementos (fatos, provas, questões de direito) que tenham ligação com o objeto da causa e que sejam, em qualquer fase do processo, potencialmente relevantes para a decisão final. O escopo principal do contraditório deixa de ser a defesa, no sentido de resistência à pretensão alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo do direito, de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

Esse sentido mais lato de contrariedade, representado pelo princípio do contraditório, que expressa participação efetiva dos litigantes no desenvolvimento do processo, também é campo de apoio para a sustentação da teoria da carga probatória dinâmica. Basta perceber que a advertência judicial às partes sobre a teoria tem o efeito indireto de proporcionar um comportamento probatório ativo da parte litigiosa que dispõe das melhores condições para a produção da prova.

---

[13] No Brasil, o princípio contraditório está positivado na Constituição Federal (artigo 5º, LV).

[14] Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

No campo da responsabilidade civil médica, é assente, pelo sistema tradicional do ônus probatório, que o profissional pode assumir uma estratégia processual passiva, permanecendo inerte no tocante à produção da prova, já que, em princípio, o encargo probatório da ilicitude, culpabilidade e nexo de causalidade é do paciente autor.

Assim, não obstante portar as melhores condições para o esclarecimento dos fatos, por dispor dos meios probatórios necessários para a demonstração dos fatos que consubstanciam sua defesa, o profissional médico, simples e comodamente, pode assumir a estratégia defensiva de omitir qualquer meio probatório que lhe é apto realizar, no aguardo de que a parte contrária faça a prova necessária dos pressupostos fáticos para o acolhimento do seu pedido. Esta conduta, não obstante legítima, é processualmente nociva para a busca da verdade material e, por consequência, para o alcance de um resultado substancial justo e equânime para a boa solução do litígio.

Contrariamente, uma vez realizada a advertência sobre a teoria em momento processual anterior à efetiva produção probatória, o profissional médico adquire a incumbência de participar efetivamente da busca da verdade material possível, aportando para os autos todos os elementos probatórios de que dispõe para demonstrar a veracidade das afirmações contidas na sua petição de defesa, contribuindo efetivamente por meio de uma conduta probatória ativa que seja capaz de influenciar decisivamente na solução justa da causa, sob pena de sofrer os efeitos da sucumbência diante do estado de dúvida do julgador acerca da verdade dos fatos.

Em termos infraconstitucionais, o sistema processual não diverge e também encontra substrato normativo apto a acolher a teoria da carga probatória dinâmica.

O artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil é expresso em determinar que, no desenvolvimento do processo, compete ao juiz "assegurar ás partes igualdade de tratamento" (BRASIL, 1973). Como já exposto, um dos pilares da teoria da carga probatória dinâmica é justamente a busca pela igualdade substancial entre as partes litigantes.

Nos mesmos termos relacionados aos poderes conferidos ao juiz para o desenvolvimento do processo, é curial consignar, também, a positivação do princípio da livre apreciação das provas, conforme o exposto no artigo 131.

Ainda é imprescindível mencionar que o Código de Processo Civil considera, nos termos do artigo 14, como deveres das partes, expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I) e proceder com lealdade e com boa-fé (inciso II). O poder instrutório do juiz de intervir na produção das provas para a busca da verdade real tem apoio legal na norma do artigo 131 do Código de Processo Civil.

Como a dinamização do ônus probatório somente ocorre no momento de se proferir a sentença, diante da não formação da convicção do juiz sobre a realidade dos fatos e, ainda, por ser um juízo axiológico de apuração da conduta das partes durante a fase instrutória realizada, é imprescindível que as partes sejam advertidas sobre essa dinamização antes da realização da fase processual de instrução do feito. Por conseguinte, no sistema brasileiro, a advertência deverá ser feita no momento da realização da audiência preliminar para saneamento do feito, nos termos do artigo 331, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, com a convocação das partes para um comportamento probatório ativo e cooperativo que busque a efetivação da melhor justiça diante do caso apresentado.

Como regra de julgamento, da mesma forma, a dinamização se opera no momento de prolação da sentença e desde que persista a dúvida sobre a veracidade do fato controvertido imprescindível para a solução da lide.

Em conclusão, perfilha-se do entendimento, salvo melhor juízo, de que a teoria da carga probatória dinâmica é a que melhor enquadra a questão da prova nas demandas de responsabilidade civil por culpa do médico, bem como que referida teoria tem amparo normativo no sistema processual civil brasileiro, por razões constitucionais ou infraconstitucionais, sendo perfeitamente possível e desejável sua incidência e aplicabilidade para os casos de responsabilidade civil por erro médico, desde que preenchidos os pressupostos dogmáticos anteriormente expostos no desenvolvimento do presente trabalho.

A teoria da carga probatória dinâmica representa uma eficaz alternativa dogmática para solucionar a problemática questão da distribuição do ônus da prova nas demandas de responsabilidade civil do profissional médico, pois sua aplicabilidade tem o condão de conferir um tratamento equânime entre as partes litigantes e proporcionar um maior potencial de captação de elementos probatórios aptos a formar o convencimento do magistrado. Por conseguinte, tem como efeito fomentar a justa solução do litígio.

Referências

AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal Culzoni, 2008. p. 125-152.

ALEGRE, Juan Carlos. Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de danos. In*:* In: ______.______. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 441-454.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas:* aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 329-365.

BARACAT, Edgar J.. Estado actual de la teoria de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y la materia juzgada. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 267-319.

BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinámicas. Qué debe probar el que no puede probar?. In: ______.______. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 99-107.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. In: ______. *Responsabilidade Civil do Médico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 11.

BRASIL. Lei n. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

______. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 6 ago. 2014.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

______. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista Ajuris.* Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 09-18. dez. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente: reflexões sobre obrigações básicas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 349-387.

FARIA, Jorge Ribeiro de. A prova na responsabilidade civil médica: reflexos em torno do direito alemão. *Revista da FDUP*. Porto: Coimbra Editora, 2004. p. 115-195.

FAURE, Miryam Balestro. La dinámica de las cargas probatorias. Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 321-365.

FERREYRA, Roberto Antonio Vázquez. *Prueba de la culpa médica.* 2. ed. Buenos Aires: Editora Hammulabi, 1993.

______. *La responsabilidad civil de los médicos.* Artigo doutrinário retirado do sítio jurídico da Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico – SIDEME. Disponível em: < www.sideme.org>. Acesso: 8 ago. 2014.

FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

______. *A ação declarativa comum à luz do código revisto.* Coimbra: Editora Coimbra, 2010. Reimpressão.

______. *Introdução ao processo civil:* conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. Reimpressão.

______. *Código de processo civil anotado.* 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. 2v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, responsabilidade civil.* São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 3

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica.* 3. ed. Pamplona: Editora Civitas/Thomson Reuters, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil, responsabilidade civil.* 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 4.

______. *Responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Editorial Juris, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico.* 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

______. *Responsabilidade civil dos hospitais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

______. *Culpa médica e ônus da prova.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

______. A responsabilidade civil do médico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 607-644. v. 5

LEGUISAMÓN, Héctor E. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas.* In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Editora Rubinzal--Culzoni, 2008. p. 109-124.

LOBATO GÓMEZ, Jesús Miguel. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de serviços médicos e à responsabilidade civil dele decorrente. *Jus Navegandi,* Teresina, ano 9, n. 387, jul./2004. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/5507>. Acesso em: 5 de mar. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 389-398. v. 5.

LOPES, Teresa Ancona. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef (Coord.). *Responsabilidade civil.* 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

______. *O dano estético. Responsabilidade Civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

______. Formação da convicção e inversão do ônus das provas segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas:* aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 255-268.

MARQUES, Silvina Pereira. La carga de la prueba de la culpa profesional médica. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Editora Rubinzal--Culzoni, 2008. p. 479-505.

MARTINS, Joana Graeff. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *Revista de Direito Privado*. ano 10, n. 37, jan./mar, 2009. p. 115.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil.* Lisboa. Editora Lisboa, 1961.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil. : direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 677-724. v. 5.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil.* 6. ed. Pamplona: Editora Civitas /Thompson Reuters, 2011.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova.* Lisboa: Editora Lex Lisboa, 2000.

NUNES, Manuel Rosário. *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos.* 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

______. *Da responsabilidade civil por atos médicos:* alguns aspectos. Lisboa: Editora Lisboa, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico:* reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora/Centro de Direito Biomédico, 2008.

PEYRANO, Jorge Walter. Lineamentos de las cargas probatorias "dinámicas". In: ______. WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 13-18.

______. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: ______. ______. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 19-24.

______. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica. In: ______. ______. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 75-97.

______. De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa. In: ______. ______. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 169-173.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatórias dinámicas: um giro epistemológico. In: ______. ______. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 25-34.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil.* 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

______. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência).* 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil:* responsabilidade médica. Capítulo XXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil:* responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. v. 4.

RUZAFA, Beatriz S. Las cargas probatorias dinámicas en juicio ejecutivo. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 367-403.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.* 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova por presunção no direito civil.* Coimbra: Editora Almedina, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o ônus da prova na responsabilidade civil médica. In: DIREITO da Saúde e Bioética. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa – Editora Lex, 1996. p. 121-143.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil.* 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

______. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 645-654. v. 5.

______. Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 815-826.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil.- Direito das obrigações e responsabilidade civil.* São Paulo: Editora Método, 2005. v. 2.

TARUFFO, Michele. *La prueba.* Madrid: Editora Marcial Pons, 2008.

______. *La prueba de los hechos.* Bologna: Editorial Trotta, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea:* temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 153-167.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista dos Tribunais* n. 760, fev. 1999. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 40-48.

VALLEJOS, Juan Carlos. Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales: especial referencia a la culpa médica. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 455-478.

VÁZQUEZ BARROS, Sérgio. *Responsabilidad civil de los médicos.* Valência: Editora Tirant to Blanc, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil.* 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v. 4.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord). *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 35-73.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (Coord.). *Doutrinas essenciais:* responsabilidade civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 399-432. v. 5

Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal

Opções e custos do exercício da atividade econômica

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é examinar e comparar as opções e os custos associados a cada tipo jurídico disponível para o empreendedor participar da atividade empresarial. O empreendedor faz uma análise do custo e do eventual retorno de cada opção à sua disposição para desenvolver o objeto pretendido. De acordo com as características da atividade, os meios de produção envolvidos, se intensivos em capital ou em trabalho, é possível escolher o tipo jurídico que melhor se adapte a cada empreendimento. A decisão a respeito do tipo jurídico implica custos de oportunidade, os quais significam o custo a ser incorrido por adotar determinada conduta em vez de outra[1]. O estudo sobre os tipos jurídicos existentes ajudará a entender melhor a viabilidade de uma sociedade anônima simplificada e sua inserção no sistema societário brasileiro.

Abordamos neste trabalho as características do empresário individual, da empresa individual de responsabilidade limitada, da sociedade limitada e da sociedade anônima de capital aberto. A sociedade anônima

Leonardo Garcia Barbosa é Consultor Legislativo do Senado Federal.

[1] Podemos ter uma melhor compreensão sobre os custos de oportunidade com o seguinte exemplo: se um empresário investe seu dinheiro a vinte por cento ao ano em uma instituição financeira em vez de investir em um determinado negócio que lhe renderia cinquenta por cento ao ano, o custo de oportunidade é de trinta por cento ao ano (MOREIRA, 2005, p. 33).

de capital fechado será estudada de forma comparativa com os demais tipos jurídicos citados. A atividade empresarial pode ser exercida tanto por um empresário individual quanto por uma sociedade empresária[2], como detalhamos a seguir. É interessante destacarmos primeiramente a distribuição do número de empresários registrados no ano de 2012, de acordo com os dados apurados em três juntas comerciais do País.

Na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, constata-se que as sociedades limitadas lideraram o número de sociedades constituídas no período. O número de empresários individuais registrados foi um pouco menor do que o número de sociedades limitadas. Esses dois tipos jurídicos foram acentuadamente os dois tipos jurídicos escolhidos pelo empresário para o exercício da atividade empresarial. Apresentamos os dados na Tabela 1.

Na Junta Comercial de Minas Gerais, os dados revelam que houve uma diferença mais significativa no número de sociedades limitadas constituídas no período em relação ao número de empresários individuais registrados, mostrando uma maior procura pelo tipo jurídico da sociedade limitada. Apresentamos os dados na Tabela 2.

Na Junta Comercial de Pernambuco, as informações mostram que o número de empresários individuais registrados supera o número de sociedades limitadas constituídas no período, demonstrando uma preferência pouco significativa pelo registro como empresário individual. Seguem os dados obtidos na Tabela 3.

Os números mostram que os dois tipos jurídicos preferidos pelos empresários são o empresário individual sem responsabilidade limitada e a sociedade limitada. A alteração do Código Civil que permite a criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada não foi suficiente para alterar de forma significativa o quantitativo dos dois tipos jurídicos citados[3]. Os empresários continuam a cadastrar-se como empresários individuais sem a limitação da responsabilidade em vez de optarem pela empresa individual de responsabilidade limitada. Verifica-se, ainda, uma forte constituição de sociedades limitadas sem que o número de sociedades desse tipo diminuísse em virtude da empresa individual de responsabilidade limitada. Constata-se também que é baixo o número de sociedades anônimas, sinalizando que esse tipo jurídico na sua atual conformação não atrai o empresariado brasileiro, o que mostra haver um espaço relevante no atual cenário empresarial para a inserção de normas

---

[2] A pessoa do empresário pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, quanto a jurídica, criada pela união de esforços de seus integrantes (COELHO, 2002, p. 63).

[3] Os últimos dados disponíveis de abrangência nacional são referentes ao ano de 2005 e serão apresentados mais adiante.

Tabela 1 – Constituição por tipo jurídico – Rio Grande do Sul – 2012

Tipo jurídico	Empresário individual	Sociedade limitada	Sociedade anônima	Sociedade cooperativa	EIRELI	Outros	Total
nº	18.831	20.539	89	81	1.605	48	41.193
%	46,71	49,86	0,21	0,19	3,89	0,11	100

Dados obtidos em: JUCEMG, 2013.

Tabela 2 – Constituição por tipo jurídico – Minas Gerais – 2012

Tipo jurídico	Empresário individual	Sociedade limitada	Sociedade anônima	Sociedade cooperativa	EIRELI	Outros	Total
nº	19.309	28.712	249	54	2.608	65	50.997
%	37,86	56,30	0,48	0,10	5,11	0,12	100

Dados obtidos em: JUCEMG, 2013.

Tabela 3 – Constituição por tipo jurídico – Pernambuco – 2012

Tipo jurídico	Empresário individual	Sociedade limitada	Sociedade anônima	Sociedade cooperativa	EIRELI	Outros	Total
nº	8.830	7.367	53	36	1.165	42	17.493
%	50,47	42,11	0,30	0,20	6,65	0,24	100

Dados obtidos em: JUCEMG, 2013.

simplificadoras das sociedades por ações de capital fechado.

Para abordar a temática aqui introduzida, organizamos este capítulo em três itens. No item 2, tratamos do empresário individual e da empresa individual de responsabilidade limitada, inclusive quanto à imposição legal de um capital mínimo para a criação da empresa individual. No item 3, abordamos a constituição de uma sociedade empresária, o que envolve a participação de dois ou mais sócios. São destacadas as duas principais sociedades empresárias utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro: a sociedade limitada e a sociedade anônima. Quanto à última, o exame neste item é centrado na sociedade anônima de capital aberto. No item 4, apresentamos as considerações finais.

2. Empresário e empresa individual

Neste item, abordamos o empresário individual e a empresa individual de responsabilidade limitada. Optamos por examinar de forma conjunta esses dois tipos jurídicos com o objetivo de diferenciá-los dos tipos societários da sociedade limitada e da sociedade anônima. Dessa forma, mantemos a distinção entre sociedade, na qual dois ou mais sócios se obrigam a contribuir para o exercício da atividade econômica, e empresário individual, no qual uma só pessoa natural de forma isolada exerce a empresa. O empresário individual é pouco abordado pelos estudiosos do Direito Empresarial, que preferem concentrar suas observações nos problemas relacionados ao Direito Societário. A ausência de uma limitação da responsabilidade do

empresário individual favorece a constituição de maior número de sociedades limitadas em que um dos sócios detém quase a totalidade do capital social, colaborando para que se dê maior destaque a essas pessoas jurídicas.

2.1. Empresário individual

O empresário individual exerce atividade econômica como pessoa natural e, em regra, não tem grande expressão econômica[4]. Em 2005, nas juntas comerciais de todo o País, foram registrados 240.306 empresários individuais, aproximadamente a metade dos registros de empresários efetivados no Brasil naquele ano, correspondente a 490.538 registros[5]. O número total de empresários registrados em 2012 foi de 538.685[6]. Supondo que em 2012 foram os mesmos 50% de empresários individuais de 2005, tivemos aproximadamente mais 269 mil empresários individuais registrados no ano de 2012[7].

A inscrição do empresário antes do início da sua atividade no registro de empresas da sua sede é obrigatória[8]. A obrigatoriedade de inscrição burocratiza o exercício de atividades econômicas pelas pessoas naturais. Vale destacar que não há qualquer separação do patrimônio pessoal do empresário ou limitação da responsabilidade pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial. Ausente a separação do patrimônio, não há uma justificativa econômica que fundamente a obrigatoriedade de inscrição[9]. Poderia ser argumentado que a legislação empresarial tem por objetivo fomentar a formalização da atividade empresarial, com o objetivo de formular políticas públicas específicas para o segmento dos empresários individuais, mas esse argumento não pode ser utilizado com o objetivo de burocratizar em demasia o procedimento do registro[10].

A falta da inscrição do empresário individual no registro de empresas torna o empresário irregular, acarretando algumas consequências que nos parecem forçar – de forma arbitrária e com objetivo meramente arrecadatório – o registro do empresário individual. É importante esclarecer nossa posição. Somos favoráveis à inscrição facultativa do empresário individual no registro mercantil. Aqueles que quiserem se cadastrar, podem fazê-lo, mas somos contra a imposição estatal. Vejamos algumas consequências da ausência de inscrição. O empresário individual sem registro e credor de outro empresário não tem legitimidade ativa para requerer a falência do empresário devedor[11]. Essa exigência não nos parece razoável, haja vista que é permitido a qualquer credor requerer a falência de

---

[4] As atividades econômicas de alguma relevância, ainda que de menor porte, são desenvolvidas em sua maioria por pessoas jurídicas – sociedades empresárias (COELHO, 2002, p. 63).

[5] Dados obtidos na página eletrônica do Departamento Nacional de Registro do Comércio. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br>. Acesso em: 6 nov. 2013. O número de sociedades limitadas registradas foi de 246.722. Os outros tipos somaram 3.510.

[6] Estão excluídos os dados do Microempreendedor Individual e da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

[7] Os dados discriminados por tipo jurídico referentes ao ano de 2012 não estão disponíveis na página eletrônica do Departamento Nacional de Registro do Comércio.

[8] Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade (BRASIL, 2002).

[9] A natureza da inscrição do empresário tem caráter meramente cadastral, sem qualquer interesse prático para o empreendedor individual.

[10] Não vislumbramos razões de ordem técnica, por exemplo, para condicionar o registro do empresário individual no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ou no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ao seu cadastramento prévio no registro mercantil.

[11] A Lei de Falências exige que o credor empresário apresente certidão do registro de empresas que comprove a regularidade de suas atividades. Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: (...) IV – qualquer credor. § 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades (BRASIL, 2005).

empresário. O empresário individual irregular não tem legitimidade para pedir a sua recuperação judicial, pois a Lei de Falências obriga a instrução da petição inicial com a certidão de regularidade do devedor no registro de empresas[12]. Os livros do empresário individual irregular tampouco podem ser autenticados na junta comercial[13], não se valendo da eficácia probatória prevista na lei processual[14]. Esses efeitos são desfavoráveis ao empresário individual, não se justificando a obrigatoriedade de registro empresarial por esses motivos. A falência do empresário individual irregular implica sua incursão em crime falimentar[15]. O dispositivo é excessivo em relação ao empresário individual, não havendo motivos para incriminar a conduta de deixar de autenticar na junta comercial os documentos de escrituração. Além disso, caso o empresário individual incorra no tipo penal, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo, sem aplicação de qualquer pena[16].

O empresário individual é uma pessoa natural e sua personalidade jurídica é adquirida com o seu nascimento[17]. Ao obter o registro e atuar como empresário individual, a pessoa natural não adquire nova personalidade jurídica, mas atua em seu próprio nome. A inscrição do empreendedor individual no registro de empresas depende de requerimento que contenha o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; a firma, com a respectiva assinatura autógrafa; o capital; o objeto e a sede da empresa[18]. O excesso de informações

---

[12] Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: (...) V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; [...] (BRASIL, 2005).

[13] Essa consequência não se aplica ao empresário individual enquadrado como microempresa, cuja receita bruta anual não ultrapasse sessenta mil reais, já que ele é dispensado de escrituração (BRASIL, 2006). Art. 68. Considera-se pequeno empresário, para efeito de aplicação do disposto nos arts. 970 e 1.179 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o empresário individual caracterizado como microempresa na forma desta Lei Complementar que aufira receita bruta anual até o limite previsto no § 1º do art. 18-A (BRASIL, 2002).

[14] Art. 379. Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes (BRASIL, 1973).

[15] Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios. Pena: detenção, de um a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2005).

[16] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) (BRASIL, 1995).

[17] Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002).

[18] Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: I – o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; II – a

exigidas no registro dificulta a implantação de medidas que facilitem a utilização da informática na inscrição. A exigência de firma, com a respectiva assinatura autógrafa, torna complexo o registro do empresário individual. De acordo com a regra atual, a assinatura autógrafa deve ser firmada em formulário impresso em papel, já que o empresário individual geralmente não dispõe de uma assinatura eletrônica ou de meios computacionais que lhe permitam digitalizar a assinatura e enviá-la ao registro mercantil. A exigência de informação do capital tem efeito meramente de formação de um cadastro, haja vista que não há qualquer constituição de afetação patrimonial de parte dos bens do empresário individual para a atividade empresarial que justifique a formação de um capital de forma destacada.

O art. 973 do Projeto de Lei nº 634/1975 (Código Civil) dispensava o pequeno empresário, conforme definido em decreto, de inscrição e das restrições e deveres impostos aos demais empresários. O projeto original foi elaborado com base na previsão de tratamento favorecido ao pequeno comerciante, inclusive com a dispensa da exigência de manter escrituração[19]. Cabe destacar que o projeto original foi modificado, conforme emenda apresentada durante a sua tramitação legislativa. O art. 973 (correspondente ao art. 970 do Código Civil vigente) passou a não mais dispensar o pequeno empresário de inscrição, mas a prometer um tratamento favorecido, diferenciado e simplificado[20]. O pequeno empresário foi dispensado de manter escrituração[21]. Atualmente, considera-se pequeno empresário o Microempreendedor Individual (MEI)[22], sendo admitida sua inscrição por meio de endereço eletrônico na rede mundial de computadores[23]. A legislação empresarial dispensa a informação sobre a firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, a nacionalidade, o estado civil e o regime de bens[24]. É importante a adoção de medidas que permitam a utilização de procedimentos eletrônicos para o registro do empreendedor individual[25], haja

---

firma, com a respectiva assinatura autógrafa; III – o capital; IV – o objeto e a sede da empresa (BRASIL, 2002).

[19] Art. 1º Todo comerciante é obrigado a seguir ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério. *Parágrafo único*. Fica dispensado desta obrigação o pequeno comerciante, tal como definido em regulamento, à vista dos seguintes elementos, considerados isoladamente ou em conjunto: a) natureza artesanal da atividade; b) predominância do trabalho próprio e de familiares, ainda que organizada a atividade; c) capital efetivamente empregado; d) renda bruta anual; e) condições peculiares da atividade, reveladoras da exiguidade do comércio exercido (BRASIL, 1969).

[20] Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes (BRASIL, 2002).

[21] Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico. (...) § 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970 (BRASIL, 2002).

[22] Art. 18-A. § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo (BRASIL, 2006).

[23] Disponível em: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>. Acesso em: 3 jun. 2013.

[24] Art. 968. § 4º O processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, bem como qualquer exigência para o início do seu funcionamento deverão ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM, de que trata o inciso III do art. 2º da mesma Lei. § 5º Para fins do disposto no § 4º, poderão ser dispensados o uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimento, demais assinaturas, informações relativas à nacionalidade, estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM (BRASIL, 2002).

[25] As inscrições do microempreendedor individual, por exemplo, têm sua utilidade em questões de ordenamento

vista que a facilitação do registro chega ao ponto de quase significar uma dispensa de inscrição. A facilidade do processo de formalização dos negócios permite que todos participem das oportunidades econômicas, criando-se uma lógica do círculo virtuoso[26].

A facilitação do registro dos microempreendedores individuais teve efeitos sobre a diminuição do número de registros iniciais do empresário individual ao longo dos últimos anos, mostrando que medidas simplificadoras favorecem a atividade empresarial e a redução dos custos de formalização. A informatização do registro do microempreendedor individual serve de exemplo para a construção do perfil jurídico da sociedade anônima simplificada, cuja constituição deve ser simples, barata e rápida. Uma comparação do número de registros do empresário individual e do microempreendedor individual nos últimos anos pode ser obtida com base em dados divulgados pela Junta Comercial do Rio Grande do Sul, de acordo com os quais o número de empreendedores individuais tem diminuído, ao passo que o número de microempreendedores individuais tem crescido. A nosso ver, um dos fatores principais para esse fenômeno é a facilitação do registro proporcionada pela informatização do procedimento. Vejamos os números referentes aos empreendedores individuais do Rio Grande do Sul:

Tabela 4 – Empreendedores individuais – Rio Grande do Sul – 2008-2012

Tipo/ano	2008	2009	2010	2011	2012
Empresário individual	25.364	25.742	23.851	22.700	18.831
Microempreendedor individual	0	4.705	27.340	35.420	51.627

A facilidade no registro e a simplicidade da disciplina do empreendedor individual colaboram para tornar o sistema de direito empresarial brasileiro menos difícil e complexo. Isso se reflete nos demais tipos jurídicos empresariais, inclusive no que se refere à conversão da sociedade empresária em empresário individual, facilitando a formatação jurídica da sociedade anônima simplificada.

Por ocasião da tramitação do projeto de lei que resultou na aprovação da empresa individual de responsabilidade limitada, imaginamos que ela

---

territorial e de formulação de políticas públicas específicas (REIS, 2010, p. 177).

[26] O círculo virtuoso não nasce somente da lógica inerente ao pluralismo e do estado de direito, isso porque instituições políticas inclusivas tendem a sustentar instituições econômicas inclusivas, tornando mais igualitária a distribuição de renda, conferindo mais poder e autonomia a mais segmentos da sociedade e propiciando condições de participação no jogo político (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 240).

substituiria completamente a figura do empresário individual sem responsabilidade limitada. O processo seria semelhante ao da sociedade limitada que tomou o lugar das demais sociedades nas quais pelo menos um dos sócios tinha responsabilidade ilimitada. Os números mostram agora que permanece significativo o número de empresários individuais sem a limitação de responsabilidade que se registram nas juntas comerciais. A nosso ver, a figura do empresário individual atende a parcela significativa do empresariado brasileiro em virtude de sua simplicidade, apresentando aspectos positivos quanto aos argumentos desfavoráveis à limitação da responsabilidade. A ausência de limitação da responsabilidade significa que não há externalização de custos aos credores involuntários, risco moral da atividade desenvolvida e nem um privilégio da limitação perante os riscos da vida. Essa simplicidade da regulação jurídica do empresário individual sem a limitação de responsabilidade vai de encontro ao entendimento firmado na Primeira Jornada de Direito Comercial, segundo o qual os bens do empresário individual vinculados à atividade econômica têm preferência para o pagamento das dívidas contraídas por ele[27]. Essa subsidiariedade das obrigações interpretada pela doutrina sem qualquer fundamento legal burocratiza a execução das dívidas contra o empresário individual, prejudicando-o, pois aumenta a dificuldade na obtenção de crédito. Não havendo qualquer separação patrimonial entre os bens pessoais do empresário individual e os bens destinados à atividade empresarial, recentemente foi criada a figura jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada com o objetivo justamente de possibilitar essa separação. É o que veremos no próximo item.

2.2. Empresa individual de responsabilidade limitada

A constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada é mais complexa do que o registro do empresário individual. A complexidade é decorrente da separação do patrimônio da empresa do patrimônio pessoal do seu titular. A criação de uma empresa individual requer o preenchimento de um ato constitutivo e de um requerimento na junta comercial, sem a necessidade de elaboração de um contrato social. O objetivo da criação da empresa individual de responsabilidade limitada é diminuir o número de sociedades limitadas fictícias, constituídas com a finalidade de limitar a responsabilidade do sócio que detém a quase totalidade das quotas do capital social, mediante a inclusão no

---

[27] Enunciado nº 5. Quanto às obrigações decorrentes de sua atividade, o empresário individual tipificado no art. 966 do Código Civil responderá primeiramente com os bens vinculados à exploração de sua atividade econômica, nos termos do art. 1.024 do Código Civil (JORNADA..., 2013).

contrato social de um sócio de "palha" que detém quota insignificante do capital social. A criação de sociedades fictícias gera burocracia, torna complexo o exame dos atos constitutivos pela junta comercial e leva a disputas judiciais entre os sócios. Um problema verificado no desenho jurídico da empresa individual é que a legislação[28] exige a integralização de um capital mínimo de 100 salários mínimos para a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada.

A exigência de formalização de capital mínimo no momento do registro visa proteger os credores da empresa individual. Além disso, para se iniciar um empreendimento ou introduzir uma novidade no mercado, são necessários pesquisa e capital inicial. O primeiro desafio do empresário é unir uma ideia inovadora com o capital próprio ou de terceiro (VERA, 2011, p. 4), sendo natural, portanto, que o empresário possua um capital para iniciar a atividade econômica. O objetivo da fixação de um capital mínimo é evitar o exercício de atividades econômicas por empresários subcapitalizados, que não possam pagar as obrigações assumidas. Além disso, a imposição de um capital mínimo diminui o efeito de eventual risco moral desencadeado pela falta de cuidado do empresário, pois a menor capitalização incentiva-o a adotar condutas mais arriscadas. Alguns argumentos mostram, contudo, que a obrigação de capital mínimo é contraproducente em relação ao empreendedorismo[29].

O capital mínimo é usado logo após o momento em que é cumprida a exigência legal, dificilmente restando algum valor quando da eventual falência da empresa individual. Vale destacar que o capital não se confunde com o patrimônio. O capital é um valor lançado no ato constitutivo, ao passo que o patrimônio é definido como o conjunto de bens, direitos e obrigações da empresa individual. O capital social como garantia aos credores tem perdido força na doutrina mais recente que considera o patrimônio líquido a verdadeira garantia das obrigações (MOREIRA, 2004, p. 43, nota 37). Havendo lucro, o patrimônio cresce; havendo prejuízo, o patrimônio diminui.

Ademais, a rigidez da exigência de capital mínimo não leva em consideração as diferenças no risco de cada atividade empresarial. Seria defensável alegar que a exigência de capital mínimo compatível com o grau de risco da atividade deveria incidir sobre as atividades de maior risco. Contudo, não nos parece que a eventual listagem pelo regulador de atividades econômicas sujeitas ao capital mínimo seja a melhor solução para o problema da proteção dos credores decorrentes da limitação da responsabilidade. A decisão sobre essa matéria demanda conhecimentos específicos e monitoramento constante da realidade para a atualização das atividades, que muitas vezes faltam ao legislador.

Outro fator a ser levado em conta é que as atividades econômicas de maior porte e que demandam capital mínimo superior ao valor estabelecido na norma legal não serão atingidos pela restrição, mas as atividades econômicas que demandam menor capital serão atingidas e não serão exercidas pelos empresários que não contam com a disponibilidade econômica dos valores. A medida atinge, assim, os empresários mais pobres e de menor expressão, mas que poderiam ter potencial para desenvolver

[28] Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País (BRASIL, 2002).

[29] No Direito Comparado, podemos citar como exemplo de legislação que dispensa a obrigatoriedade de capital mínimo a lei chilena que autoriza a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada sem previsão de capital mínimo (CHILE, 2003).

uma atividade econômica com a segurança da limitação da responsabilidade.

Além disso, a restrição do capital mínimo no Brasil aplica-se somente às empresas individuais de responsabilidade limitada, sem que igual exigência seja extensiva a sociedades limitadas, incentivando a criação e manutenção de sociedades limitadas em que um sócio é detentor de quase todo o capital social enquanto o outro é detentor de parcela inexpressiva. A imposição de capital mínimo deveria ser aplicada a todos os tipos jurídicos que contam com o atributo da responsabilidade limitada ou não deveria valer para qualquer um deles. A discussão parece-nos pertinente à possível introdução, no nosso ordenamento, da sociedade anônima simplificada, caso se cogite a inserção de um capital mínimo no seu regramento jurídico. Desse modo, o legislador deveria estender o requisito do capital mínimo aos demais tipos jurídicos, incluindo a sociedade anônima simplificada, ou deveria revogá-lo para todos eles, o que nos parece a solução mais adequada.

3. Sociedade empresária

É preferível, em muitos casos, a exploração da atividade econômica por meio de uma pessoa jurídica em vez de um empresário individual, especialmente quando a empresa envolve a necessidade de agregação de bens ou serviços suficientes para o empreendimento desejado[30]. A sociedade[31] empresária não se confunde com o titular ou com os sócios que a compõem, tendo personalidade jurídica própria, inclusive patrimônio distinto e nome empresarial[32]. Na sociedade limitada, por exemplo, os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais. A limitação da responsabilidade favorece o empreendedorismo, gerando um benefício maior à sociedade em geral que o eventual custo suportado por credores de determinada sociedade falida.

A existência legal do empresário pessoa jurídica tem início com a inscrição do ato constitutivo no registro de empresas, averbando-se todas as suas alterações[33]. Nesse caso, consideramos imprescindível o registro em virtude de seus efeitos perante terceiros. Além das citadas consequências previstas para o empresário individual irregular, a irregularidade do empresário pessoa jurídica implica a responsabilidade ilimitada do titular ou dos sócios pelas obrigações da pessoa jurídica[34].

A constituição de uma sociedade é um jogo de confiança entre os sócios, de caráter contínuo e duradouro (PIMENTA, 2008, p. 250)[35].

---

[30] São as sociedades empresárias que agrupam diferentes quantidades de pessoas e capitais para viabilizar e maximizar o exercício de atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços com intuito lucrativo (PIMENTA, 2008, p. 247).

[31] A definição de sociedade está prevista no art. 981 do Código Civil. Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. [...] (BRASIL, 2002).

[32] A sociedade empresária assume atualmente duas das cinco formas admitidas pelo Direito Comercial: a de uma sociedade limitada ou a de uma sociedade anônima (COELHO, 2002, p. 64). É primordial para o economista e para o jurista o estudo das sociedades limitadas e das sociedades anônimas, principais expoentes do direito societário brasileiro (PIMENTA, 2008, p. 247).

[33] Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo (BRASIL, 2002).

[34] Na forma do art. 990 do Código Civil, que trata da sociedade em comum. Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade (BRASIL, 2002).

[35] Mas o parágrafo único do art. 981 do Código Civil permite a constituição de sociedade para apenas um ou mais negócios determinados, como nas sociedades de propósito específico. Art. 981. *Parágrafo único*. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios (BRASIL, 2002).

Ela permite a agregação de recursos entre duas ou mais pessoas para a consecução de empreendimentos em que há vantagens na cooperação mútua[36]. Cada sócio tem mais a ganhar ingressando na sociedade, seguindo seus deveres legais e contratuais e cooperando para o exercício do objeto social (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 231). Caso não houvesse um mecanismo jurídico de cooperação entre eles, haveria em maior quantidade empreendimentos individuais na sociedade, por meio de empreendimentos informais ou de sociedades de fato sem forte vínculo jurídico, o que reduziria o resultado econômico.

Na constituição da sociedade, os sócios têm interesses antagônicos no que se refere, por exemplo, à avaliação das contribuições, à participação de cada um na administração e à distribuição dos lucros e das perdas, mas todos eles têm interesse na melhor realização da finalidade para a qual é criada a sociedade (ASCARELLI, 2001, p. 276). Por esse motivo, a doutrina majoritária considera o contrato de sociedade um contrato plurilateral, de acordo com o qual as vontades criadoras não se encontram em interesses opostos, mas voltadas para a consecução de um objetivo comum (PIMENTA, 2010, p. 2).

A situação pode ser exemplificada no chamado jogo de caça ao cervo[37]. Dois homens necessitam de cooperação para caçar um cervo de 60 kg, mas poderiam mais facilmente abater uma lebre de 10 kg. Caso cooperassem, os dois poderiam dividir o cervo em duas partes iguais de 30 kg para cada um. Caso optassem pela não cooperação, cada um receberia apenas 10 kg pelo abatimento da lebre. Uma situação semelhante é o jogo de cooperação na sociedade. Seus resultados dependem da cooperação dos sócios, dificultando-se condutas oportunistas[38].

Vamos explicar melhor. Os sócios em um contrato de longo prazo têm interesse na elaboração de um contrato que maximize o resultado para eles. Cada um dos sócios, no entanto, tem um interesse egoísta em atingir uma maior parcela individual, ainda que esse comportamento reduza o resultado de forma global. Boa parte da estrutura dos contratos, assim, reflete a tentativa dos sócios de diminuir comportamentos não

---

[36] Nas sociedades modernas, é imperativa a presença de instituições que estimulem a cooperação social e a diminuição do seu custo (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 565), incentivando a atividade econômica estável e ordinariamente lucrativa e desincentivando a não cooperação e o oportunismo.

[37] Contratos não são um jogo de soma zero nos quais o ganho de uma parte é sempre a perda do outro (SCHÄFER; OTT, 2005, p. 273).

[38] É importante destacar também o conceito de comunidade cívica, que se caracteriza por cidadãos atuantes e imbuídos de espírito público, por relações políticas igualitárias e por uma estrutura social firmada na confiança e na colaboração. Nos locais onde não há uma comunidade cívica atuante, a vida social é caracterizada pela fragmentação e pelo isolamento, e a cultura é dominada pela desconfiança (PUTNAM, 1996, p. 31).

cooperativos a fim de aumentar o resultado total (GOLDBERG; ERICKSON, 1987 apud PIMENTA, 2008, p. 251). O contrato de sociedade é uma espécie de contrato relacional, o qual é um acordo complexo de longa duração, no qual a confiança, a solidariedade e a cooperação são mais relevantes que os vínculos contratuais expressos, tratando-se de um contrato aberto que representa uma relação contínua e duradoura e ao mesmo tempo modificável pelos usos e costumes e pelas necessidades das partes (ROMERO, 2006, p. 11).

Outra característica dos contratos sociais é o seu caráter incompleto. Uma questão importante da análise econômica do direito é a regra que disciplina o uso da propriedade pelos indivíduos e de que forma os bens podem ser transferidos de um indivíduo para outro por meio do contrato. Os custos de transação, como vimos no primeiro item, diminuem as chances de os sócios virem a celebrar um contrato social[39]. As partes procuram prever todas as circunstâncias e eventos que possam ocorrer durante a execução do contrato e dar-lhes uma solução, mas essa previsão sempre se apresenta lacunosa, visto que a racionalidade limitada impede as partes de antever e disciplinar todas as eventualidades que possam ocorrer durante a execução do contrato (PIMENTA, 2008, p. 253). Nos contratos de longo termo ou relacionais, a assimetria de informações entre as partes contratantes e os custos de comprovação das informações relevantes para a elaboração dos contratos colaboram para que os contratos sejam incompletos[40].

Dito de outra forma, o contrato societário completamente preenchido tem como premissa que as partes têm um comportamento racional e informação completa. Todas as questões relevantes foram tratadas pelas partes e elas são conscientes de todas as contingências e podem racionalmente avaliar cada um dos riscos (SCHÄFER, OTT, 2005, p. 297). A elaboração de um contrato completamente preenchido implica custos de transação despendidos pelas partes. Elas precisam empreender esforços para obter informação sobre a outra parte, negociar os termos do contrato e posteriormente fazer cumprir o que foi acordado. Na prática, as partes não conseguem prever e regular antecipadamente todas as eventualidades que possam ocorrer após a celebração do contrato (SCHÄFER; OTT, 2005, p. 278 et seq.).

Desse modo, um mecanismo eficiente de correção dos erros e de preenchimento das omissões e das lacunas constantes dos contratos sociais

---

[39] A ideia de custo de transação mostra-se importante nos contratos societários, de longa duração e de execução continuada, que se destinam a facilitar a organização da atividade econômica (SZTAJN; VERÇOSA, 2003, p. 8).

[40] Os economistas entendem que pessoas racionais deixarão vagos ou imprecisos certos eventos para reduzir custos de transação (SZTAJN; VERÇOSA, 2003, p. 8).

das sociedades deve ser preocupação central da legislação e do juiz (PIMENTA, 2008, p. 255)[41]. O juiz tem uma participação extremamente relevante nos contratos relacionais, pois a incompletude do contrato pelas partes envolve necessariamente o seu preenchimento por ele. Ele é responsável por transformar um contrato incompleto em um contrato completamente preenchido, e isso ocorre no momento em que o Poder Judiciário tenta decidir de acordo com o que as partes teriam honesta e razoavelmente acordado se tivessem examinado determinadas circunstâncias (SCHÄFER, OTT, 2005, p. 299).

Traçadas as características do contrato de sociedade, no próximo item, tecemos considerações sobre o perfil jurídico e econômico da sociedade limitada. Ela pode ser considerada uma espécie de sociedade anônima simplificada, pois suas características se assemelham às propostas sugeridas em relação à simplificação do tratamento da sociedade anônima de capital fechado.

3.1. Sociedade limitada

O perfil jurídico da sociedade limitada surgiu por meio de uma criação legislativa, com o objetivo de promover a eficiência do Direito (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 230)[42]. As outras espécies de sociedade foram concebidas pela prática reiterada de comerciantes medievais que posteriormente foram reguladas pela legislação, mas a sociedade limitada partiu da legislação para o mercado (PIMENTA, 2008, p. 248). Ela foi pensada como uma sociedade intermediária entre a sociedade anônima, cuja legislação é formalista e rigorosa, e as sociedades nas quais ao menos um sócio responde pelas obrigações de forma pessoal e ilimitada (PIMENTA, 2008, p. 249)[43].

A criação de uma sociedade limitada é adequada aos pequenos e médios empreendedores que desejam unir recursos para a realização de uma atividade econômica com o objetivo de partilhar os resultados entre si. A constituição de uma sociedade anônima não convinha a boa parte dos comerciantes, pois sua constituição é difícil, dispendiosa e extremamente burocrática, tornando-se ideal um tipo que vedasse a cessibilidade das quotas a estranhos, de constituição simplificada e fundamentada na direção pessoal dos negócios sociais (LUCENA, 2005, p. 4). Existem sociedades limitadas de grande porte, mas elas são poucas em relação ao número total de sociedades limitadas em funcionamento.

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado no País, conforme destacado na introdução deste trabalho, já que sua constituição é simples e garante a separação patrimonial dos bens pessoais dos sócios dos bens da sociedade[44]. Ela é um dos melhores exemplos de instituto jurídico desenvolvido com o objetivo de atender à maximização da riqueza (PIMENTA, 2008, p. 250).

A liberdade contratual implica liberdade do indivíduo de determinar o conteúdo do contrato social que ele escolheu constituir[45]. Ela é um

[41] Note-se que as próprias partes muitas vezes confiam no adequado preenchimento do contrato pelo juiz (POLINSKY; SHAVELL, 2005, p. 17).

[42] A sociedade limitada não surge de um direito dos comerciantes à margem das regras formais, mas é resultado de um arranjo institucional formulado pelo Estado.

[43] O princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias limita a responsabilidade dos sócios ao montante que estão dispostos a investir em determinada empreitada econômica (VERA, 2011, p. 3).

[44] Aos interessados em empreender a lei não pode deixar de conceder os incentivos adequados para investir, pois o risco é inerente a qualquer empreendimento; a produção dos bens e serviços de que necessitamos cabe aos empresários; uma retração nos investimentos prejudica toda a sociedade; e a lei decorre da ordem econômica prescrita na Constituição (VERA, 2011, p. 3).

[45] Quando se fala em liberdade contratual, mencionam-se duas coisas distintas: a) liberdade do indivíduo de assinar ou não um contrato; b) liberdade do indivíduo

incentivo para que os indivíduos descubram novos arranjos societários, aumentando o bem-estar da sociedade em geral[46]. A caracterização do contrato livre e justo – no qual não há fraude, extorsão, fixação de preço e poder de monopólio – significa que os indivíduos podem aumentar suas utilidades pela celebração do contrato social. Há expectativa de vantagens mútuas no momento da assinatura do contrato social (SCHÄFER; OTT, 2005, p. 273).

A feição privada[47] e contratual[48] da sociedade limitada (PIMENTA, 2008, p. 248) está presente em diversos dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)[49]. O legislador não inseriu entre as disposições das sociedades limitadas um rol de direitos que não podem ser afastados pelas partes, assim como o fez em relação às sociedades anônimas. Compete ao contrato social dispor sobre a cessão das quotas pelo sócio, aplicando-se a regra do art. 1.057[50] somente no caso em que o contrato for omisso. No contrato social, cabe aos sócios, ainda, decidir pela instituição de um conselho fiscal e pela forma de deliberação, em reunião ou assembleia, caso o número de sócios seja inferior a dez. Também são matérias inseridas no âmbito do contrato social as diversas modalidades de dissolução parcial da sociedade limitada, bem como os critérios para apuração dos haveres do sócio[51].

Em um sistema de liberdade contratual, as regras padrão previstas na lei buscam regular o conteúdo do contrato tentando prever *ex ante* o que as partes assumiriam explicitamente. As regras-padrão podem ser afastadas pelas partes, mas elas facilitam a formação dos contratos porque elas fornecem um ponto inicial de negociação. Ela reduz custos de transação tanto no caso em que se aproxima da situação hipotética da vontade das partes contratantes, quanto no caso no qual as partes iniciam de um ponto mais avançado as negociações de cláusulas especiais (SCHÄFER; OTT, 2005, p. 277 et seq.).

Traçadas as características principais da sociedade limitada, abordamos adiante o regramento legislativo da sociedade limitada[52]. A ideia é realizar uma comparação entre o perfil da sociedade limitada e a sociedade anônima de capital fechado.

O Código Civil revogou as regras vigentes em 1919 para a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e, segundo Ricardo Guimarães Moreira, disciplinou a sociedade limitada de forma extremamente mais minuciosa e complexa do que a legislação anterior, perdendo esse tipo jurídico a extrema liberdade e informalidade para os sócios conduzirem e

---

para determinar o conteúdo do contrato (SCHÄFER; OTT, 2005, p. 273).

[46] Na sociedade limitada, a autonomia privada deve prevalecer sobre o caráter tutelar da lei (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 235).

[47] A sociedade limitada tem caráter privado porque não capta recursos da poupança popular.

[48] A sociedade limitada tem caráter contratual porque apresenta flexibilidade estrutural e organizacional, diferentemente do caráter estatutário, cuja feição institucional é rígida e vinculada à lei, limitando a vontade dos sócios (GONTIJO, 2003, p. 29).

[49] Podemos destacar que o contrato social é fonte primária das regras aplicáveis às relações entre os sócios e à estrutura organizacional da sociedade limitada (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 237).

[50] Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente da anuência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social (BRASIL, 2002).

[51] É exceção ao caráter dispositivo das regras societárias o disposto no art. 1.008 do Código Civil, que proíbe a cláusula que exclua o sócio de participar dos lucros e das perdas, mas essa exceção justifica-se porque a busca pelo lucro e sua divisão é a própria razão de existência das sociedades (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 237). Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas (BRASIL, 2002).

[52] Não abordaremos, no presente trabalho, a aplicação subsidiária das regras da sociedade simples ou da sociedade anônima às sociedades limitadas. Restringiremos nosso exame às regras específicas das sociedades limitadas.

regerem seu negócio (MOREIRA, 2004, p. 33). O autor citado chega a prever que os sócios passarão a considerar qual o tipo societário melhor para o seu negócio, se a sociedade limitada ou a sociedade anônima de capital fechado (MOREIRA, 2004, p. 33). Conforme vimos na introdução deste trabalho, a sociedade limitada continua a ser a opção preferida dos sócios e abrange quase a totalidade dos tipos societários constituídos no País.

A constituição de uma sociedade limitada não demanda a elaboração de uma escritura pública, bastando que os sócios preparem um contrato social escrito que contenha as informações principais da sociedade[53]. A constituição de uma sociedade limitada envolve menos formalidades e menores custos do que a constituição de uma sociedade anônima. Não é permitida a constituição de uma sociedade limitada unipessoal. Caso a unipessoalidade se dê de forma superveniente, é obrigatória a recomposição da pluralidade dos sócios ou a conversão para empresário individual sem a limitação de responsabilidade ou para empresa individual de responsabilidade limitada.

O capital da sociedade limitada é formado por quotas. O termo "quotas" indica um caráter predominantemente pessoal da sociedade limitada, em contraposição a um caráter de capital das sociedades por ações. Na sociedade de pessoas, os atributos pessoais do sócio são predominantes no seu ingresso no quadro societário. Nas sociedades de capital, não se dá importância às qualidades do sócio, mas à sua contribuição financeira para a formação do capital social. A sociedade limitada revela caráter misto; dependendo do disposto no contrato social, ela pode ser considerada de pessoas ou de capital[54].

---

[53] Art. 1.054. O contrato mencionará, no que couber, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social. Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV – a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI – as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. [...] (BRASIL, 2002).

[54] Quanto à penhora de quotas, o Código Civil permite ao credor do sócio satisfazer seu crédito sobre os lucros que a este couber na sociedade ou requerer a liquidação da quota do devedor. Nesse ponto, a sociedade limitada revela um aspecto de sociedade de pessoas. Ao credor particular do sócio não é permitido ingressar na sociedade, mas somente requerer a liquidação da quota ou obter os lucros. Art. 1.026. O credor particular do sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. *Parágrafo único*. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação (BRASIL, 2002).

O Código Civil permitiu que a sociedade limitada detenha quotas desiguais[55]. A possibilidade de existirem quotas desiguais aproxima o regime jurídico da sociedade limitada do regime da sociedade por ações, que permite a existência de ações preferenciais. É importante definir no contrato social quais são os direitos e deveres diferenciados uma vez que a lei não explicita esse ponto (MOREIRA, 2004, p. 41). Caso sejam estipuladas quotas desiguais, as deliberações sociais passam a ser feitas de acordo com o percentual do capital social que elas representam e não de acordo com o número de quotas[56].

Tabela 5 – Capital social

Sociedade anônima de capital fechado	Sociedade limitada
Ações	Quotas desiguais

O capital da sociedade limitada pode ser integralizado por bens e direitos destacados do patrimônio dos sócios. Caso a contribuição do sócio se dê por meio de bens, não há um procedimento criterioso de avaliação desses bens, assim como ocorre em relação à sociedade por ações. Todos os sócios respondem, contudo, pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social da sociedade limitada[57]. O procedimento de avaliação dos bens na sociedade anônima, assim, é mais rigoroso.

Na sociedade limitada, o sócio é responsável pela falta global de integralização do capital, o que não ocorre na sociedade anônima. Um aspecto interessante do regramento jurídico da sociedade limitada é que o sócio é responsável pela integralização de todo o capital social, incluindo as quotas não integralizadas pelos demais sócios[58]. Essa característica implica maior custo de monitoramento do patrimônio dos demais sócios, pois o sócio terá que arcar com a integralização de parcelas do capital devidas pelos outros sócios[59]. Caso o sócio não integralize a quota, ele

---

[55] Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio [...] (BRASIL, 2002).

[56] Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071; II – pelos votos correspondentes a mais da metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; [...] (BRASIL, 2002).

[57] Art. 1.055. (...) § 1º Pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade [...] (BRASIL, 2002).

[58] Na sociedade anônima, a responsabilidade limitada permite que os sócios invistam na sociedade sem monitorar ou controlar os atos dela tão de perto (COOTER; ULEN, 2010, p. 155). No caso em tela, o sócio tem que monitorar se os demais integralizaram suas quotas.

[59] Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social (BRASIL, 2002).

é considerado remisso e os demais sócios podem tomá-la para si ou transferirem a quota para terceiro, devolvendo-lhe o que houver pago[60].

Tabela 6 – Responsabilidade dos sócios

Sociedade anônima de capital fechado	Sociedade limitada
Responde até o valor investido	Responde solidariamente pela integralização

O capital social da sociedade limitada não pode ser distribuído aos sócios[61], que recebem apenas uma parcela dos lucros. Na sociedade limitada, os sócios devem repor os lucros recebidos em detrimento do capital social[62], enquanto na sociedade anônima os administradores são os responsáveis pela reposição se os acionistas estiverem de boa-fé.

As sociedades limitadas não contam com as mesmas possibilidades de emissão de títulos que as sociedades anônimas. As sociedades limitadas não podem, por exemplo, emitir debêntures, por falta de previsão legal. Esse é um ponto interessante na comparação entre os dois modelos societários quanto à escolha dos sócios. Caso a sociedade necessite de recursos de terceiros para a consecução do seu objeto social, a sociedade limitada não é a melhor opção, já que não conta com maior opção de instrumentos jurídico-financeiros para obtenção de recursos.

A expressão da vontade da sociedade limitada ocorre, entre outros modos, por meio de deliberações dos sócios em reuniões ou assembleias. Há uma hipótese específica de responsabilidade ilimitada do sócio na sociedade limitada, quando ele delibera expressamente de forma a infringir o contrato social ou a lei[63]. Nesse caso, o Código Civil prevê a responsabilidade ilimitada daqueles que expressamente assim deliberaram, sem que seja prevista na Lei das Sociedades Anônimas uma norma semelhante.

O Código Civil facilita o funcionamento da sociedade limitada em que a quantidade de sócios não for superior a dez. O contrato social pode estabelecer regras próprias para a periodicidade das reuniões, para

---

[60] Art. 1.058. Não integralizada a quota do sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas (BRASIL, 2002).

[61] Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital (BRASIL, 2002).

[62] O capital social é a primeira informação que credores e parceiros comerciais devem obter para indicar a capacidade da sociedade de honrar seus compromissos (MOREIRA, 2004, p. 43).

[63] Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram (BRASIL, 2002).

a competência e o modo de convocação, para o quórum de instalação, para o funcionamento da reunião e seu registro. No caso de omissão do contrato social, aplicam-se à reunião as regras previstas no Código Civil para a assembleia. A sociedade limitada com até dez sócios conta, assim, com ampla autonomia organizacional.

O Código Civil traçou regras para a assembleia de sócios na sociedade limitada de forma semelhante com as vigentes para as sociedades anônimas. Há necessidade de convocação da assembleia nos primeiros quatro meses após o fim do exercício social para apreciar as contas dos administradores e outras matérias incluídas pelos sócios. A convocação para a assembleia dá-se pelos administradores, existindo casos em que o conselho fiscal, se houver, ou os sócios podem convocá-la. A ciência dos sócios sobre data, hora, local e relação das matérias a serem apreciadas é feita por meio de publicação no órgão oficial da União ou do Estado e em jornal de grande circulação, conforme dispositivo incluído em artigo constante do capítulo que trata do registro empresarial[64]. Não está prevista a convocação por via postal ou de forma pessoal. Essa obrigatoriedade de publicação da convocação eleva os custos de funcionamento da sociedade limitada que tenha mais de dez sócios. Após a convocação, a assembleia poderá ser instalada se contar com a presença de titulares de, no mínimo, três quartos do capital social em primeira convocação. Caso não seja atingido esse quórum, é feita nova convocação com antecedência mínima de cinco dias contados da primeira convocação, podendo a assembleia ser instalada com qualquer quórum. A deliberação social é feita de acordo com os quóruns diversificados previstos no Código Civil[65]. Verifica-se um extenso rol de quóruns diferenciados para aprovação das matérias na sociedade limitada, complicando a sua gestão e aproximando-a da sociedade anônima.

A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas, permitindo-se a nomeação de administradores não sócios. Os administradores devem ser pessoas naturais e sua investidura ocorre mediante assinatura de termo de posse no livro de atas da administração[66]. A nomeação do administrador deve ser averbada no registro mercantil com a finalidade de dar conhecimento do fato a terceiros[67]. O Código Civil não contém normas que digam respeito aos deveres e responsabilidades dos administradores da sociedade limitada. Desde que previsto no contrato social, pode ser entendido que o administrador da sociedade limitada tem os mesmos deveres de diligência e lealdade dos administradores da sociedade anônima.

Conforme destacado anteriormente, o sócio na sociedade limitada pode ceder suas quotas

[64] Art. 1.152. (...) § 3º O anúncio de convocação da assembleia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembleia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores (BRASIL, 2002).

[65] Para a modificação do contrato social, a fusão, a incorporação da sociedade, a dissolução ou a cessação do estado de liquidação, é necessária a aprovação de três quartos do capital social. Para a nomeação, destituição ou fixação da remuneração dos administradores ou o pedido de recuperação judicial, exige-se mais da metade do capital social. Para a nomeação de administrador não sócio, se o capital não estiver totalmente integralizado, é necessária a aprovação da unanimidade dos sócios. Para a nomeação de administrador não sócio, se o capital estiver totalmente integralizado, exige-se a aprovação de dois terços dos sócios. Para a aprovação dos demais assuntos previstos em lei ou no contrato, se o contrato social não exigir maioria mais elevada, é necessária a aprovação da maioria dos votos dos presentes.

[66] O termo de posse deve conter o nome do administrador, sua nacionalidade, estado civil, residência, com exibição do documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão.

[67] Uma vez nomeado, o administrador pode afastar-se da função por meio da renúncia, pelo término do prazo da gestão e pela destituição. Em todos os casos, deve ser averbada a cessação do exercício do cargo de administrador no registro mercantil.

a quem seja sócio sem anuência dos demais sócios ou a quem não seja sócio, desde que não haja oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. Compete ao contrato social estabelecer restrições à cessão das quotas caso seja do interesse dos sócios, caracterizando a sociedade limitada como de pessoas. Se houver essa previsão contratual e for negada a cessão das quotas, a saída para o sócio que deseja cedê-las é pedir a dissolução parcial da sociedade, liquidando-se o valor da sua quota. Essa é uma diferença importante em relação à sociedade anônima. Na sociedade anônima, não há a possibilidade de se restringir a alienação da ação, razão pela qual a companhia tampouco devolverá o valor da ação ao acionista em virtude do simples desejo de ele sair da sociedade.

No próximo item, abordaremos um tipo societário mais complexo do que a sociedade limitada. Enquanto nesta as regras são menos formalistas e rigorosas, na sociedade anônima de capital aberto, a sua legislação é rígida, detalhada e complexa.

3.2. Sociedade anônima de capital aberto

A sociedade anônima de capital aberto é o tipo societário de capital dividido em ações, cujos valores mobiliários de sua emissão são admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão[68]. Ela é imaginada para grandes empreendimentos que necessitam de elevado volume de capital e, para isso, deve contar com elevado número de sócios muitas vezes espalhados no País inteiro e no exterior. O desenho jurídico da sociedade anônima de capital aberto implica diversas exigências que serão examinadas neste item e que não são extensivas à sociedade anônima de capital fechado, categoria na qual está incluída a sociedade anônima simplificada.

A legislação da sociedade anônima de capital aberto permite a existência de transações anônimas, entre pessoas que não se conhecem, e requer algum mecanismo por meio do qual se constrói confiança[69]. A consequência de deixar relações contratuais societárias serem regidas por normas sociais que demandam alto grau de conhecimento da outra parte seria menos relação de troca[70]. As relações seriam mais limitadas

---

[68] Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários (BRASIL, 1976b).

[69] Existem 525 (quinhentas e vinte e cinco) companhias listadas na Bolsa de Valores de São Paulo. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2013.

[70] De acordo com o modelo de Douglass North, nas sociedades menos complexas, nas quais há um reduzido número de jogadores e de interações, o intercâmbio é personalizado e a ordem pode ser mantida por meio de sanções pessoais que demandam reduzidos custos de transação (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 561). Nas sociedades mais complexas, é necessária a existência de instituições.

e primitivas do que as relações que se observam na presença de uma legislação que protege a confiança nas relações acionárias[71].

Um aspecto positivo da sociedade anônima de capital aberto é a possibilidade de transferência facilitada das ações. O acionista adquire ou transfere suas ações a outras pessoas interessadas sem que se levem em conta motivos de ordem pessoal, especialmente quanto ao patrimônio pessoal do adquirente ou do transferidor. Esse mecanismo é salutar para o desenvolvimento econômico do País. As companhias passam a ter o mercado de capitais como base do seu financiamento, por meio da emissão de valores mobiliários como ações e debêntures. A alternativa a esse modelo de desenvolvimento é a intermediação financeira, baseada em empréstimos e financiamentos bancários.

A sociedade anônima de capital aberto possibilita ao investidor realizar investimentos pequenos, reduzir o risco de fracasso por meio da diversificação dos investimentos e liquidar seus investimentos de forma rápida e barata (POSNER, 2003, p. 410) [72]. Os sócios em sua maioria não pretendem dedicar uma grande parte do seu tempo para acompanhar as atividades societárias ou para obter informações mais detalhadas sobre a gestão da companhia[73]. A rigidez da legislação é explicada pela função econômica da sociedade anônima de capital aberto[74]: a captação de recursos da poupança popular com o objetivo de aplicá-los na atividade empresarial[75]. Apesar da rigidez da legislação, por meio da bolsa de valores os próprios empreendedores criaram normas de governança corporativa ainda mais rígidas do que a prevista na lei societária com o objetivo de sinalizar confiabilidade ao público investidor.

A abertura de uma sociedade anônima de capital aberto tem forte participação da bolsa de valores, pois incumbe a ela, como órgão auxiliar da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), fiscalizar as operações nela

---

[71] As diferenças nas leis fazem com que os mercados de capitais sejam organizados de maneira diferente no Japão, na Alemanha e nos Estados Unidos, contribuindo para produzir diferenças no desempenho econômico desses países (COOTER; ULEN, 2010, p. 33).

[72] Conforme já frisado, os acionistas de uma sociedade anônima de grande porte cujo capital está pulverizado em milhares de ações não se conhecem, exigindo para sua constituição um arranjo institucional no qual a legislação é extremamente rígida, detalhada e complexa, deixando poucas lacunas para preenchimento pelas partes (PIMENTA, 2008, p. 255).

[73] Em geral, as sociedades anônimas de capital aberto são constituídas para empreendimentos de maior porte, mas essa característica não impede que seja viabilizada a criação de pequenas ou médias empresas de capital aberto.

[74] Ao reduzir a adoção de institutos e estruturas desenvolvidas pela mente criativa do empresário, as sociedades anônimas reduzem os custos de transação para o investidor (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 234).

[75] Facilitando a aplicação dos recursos na atividade econômica e conferindo proteção e segurança ao investidor, a Lei das Sociedades Anônimas permite uma forma de investimento saudável, segura e eficiente, possibilitando a aplicação em ações como alternativa à manutenção de recursos financeiros em depósitos bancários (CATEB, 2008, p. 264).

realizadas[76]. Atribui-se assim à bolsa de valores uma elevada capacidade de autorregulação e de poder de polícia. No âmbito da governança corporativa, a BM&F Bovespa organizou níveis diferenciados de listagem do mercado de ações[77], contendo regras mais rígidas que as previstas na Lei das Sociedades por Ações. A maioria das companhias relacionadas na Bolsa não participa de qualquer segmento de listagem organizada por ela, mostrando a importância de uma lei que contenha regras de governança no âmbito do mercado de valores mobiliários[78]. Entre as companhias especificadas nos diversos segmentos, as que mais poderiam se aproximar do perfil normativo de uma sociedade anônima simplificada é o segmento Bovespa Mais[79].

Berle e Means, utilizando dados estatísticos de 1929, chegaram à conclusão de que há possibilidade de separação entre propriedade acionária e poder de controle empresarial. Eles classificaram o controle interno em cinco tipos (BERLE; MEANS, 1988, p. 85 e segs): 1) controle através da propriedade quase total (controle unipessoal); 2) controle majoritário; 3) controle por meio de mecanismo legal sem propriedade majoritária; 4) controle minoritário (controle fundado em número de ações inferior à metade do capital votante); e 5) controle administrativo (controle pelos administradores em face da extrema dispersão acionária). Os quatro últimos tipos apresentam problemas quanto à separação entre controle e propriedade. Em sociedades anônimas cujo capital é pulverizado em milhares de acionistas, a tendência é a legislação aumentar as responsabilidades dos administradores, contrabalançando a grande dispersão acionária. A separação entre propriedade e controle também causa problemas se o controlador, que elege a maioria dos administradores, puder com maior facilidade extrair benefícios privados em detrimento da companhia (*private benefits of control*), gerando seu enriquecimento e dos administradores em detrimento dos demais investidores.

A modalidade de controle interno de cada companhia influencia cada um dos temas afetos ao Direito Societário, dificultando a imposição de uma regra geral na lei societária para todas as companhias abertas[80]. De qualquer forma, a manutenção de um mercado de capitais demanda a existência de uma administração da companhia responsável, de um sistema eficiente de divulgação das informações e de controle e de uma autoridade reguladora que proteja o público investidor e puna os infratores (ARRUDA, 1987, p. 49). A segurança e a qualidade das informações prestadas pelas companhias são fundamentais para a valorização e a liquidez das ações. O direcionamento de parte da poupança popular para a atividade produtiva depende da confiança dos investidores e da ação das autori-

[76] Art. 17. As Bolsas de Valores, as Bolsas de Mercadorias e Futuros, as entidades do balcão organizado e as entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários terão autonomia administrativa, financeira e patrimonial, operando sob a supervisão da Comissão de Valores Mobiliários. § 1º Às Bolsas de Valores, às Bolsas de Mercadorias e Futuros, às entidades do mercado de balcão organizado e às entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários incumbe, como órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários, fiscalizar os respectivos membros e as operações com valores mobiliários nelas realizadas (BRASIL, 1976ª).

[77] Os níveis diferenciados são: Novo Mercado, Nível I, Nível II e Bovespa Mais.

[78] O número de companhias listadas em cada segmento é o seguinte: Novo Mercado – 130; Nível I – 32; Nível II – 21; Bovespa Mais – 5; Tradicional – 258; BDR Patrocinado – 12 e Balcão Organizado – 67.

[79] As cinco companhias listadas no Bovespa Mais são as seguintes: Companhia de Águas do Brasil – Cab Ambiental; Desenvix Energias Renováveis S.A.; Nortec Química S.A.; Nutriplant Indústria e Comércio S.A. e Senior Solution S.A.

[80] Podem ser citados sete aspectos relevantes na atualidade sobre a Lei das Sociedades Anônimas: ações preferenciais não votantes; eleição de membros do conselho de administração por acionistas minoritários; direitos na alienação de controle; acordos de acionistas; cancelamento de registro; direito de recesso e conselho fiscal (GORGA, 2013, p. 137 et seq.).

dades na tarefa de disciplinar os mercados e de fiscalizar os gestores dos fundos e os administradores das companhias abertas.

Traçadas as características principais da sociedade anônima de capital aberto, abordamos adiante as diferenças entre a sociedade anônima de capital aberto e a de capital fechado. A ideia é esclarecer quais são as exigências e os custos mais elevados de exploração da atividade econômica por meio de uma sociedade anônima de capital aberto em relação a uma sociedade anônima de capital fechado.

A Lei das Sociedades Anônimas prevê dois modos de constituição da companhia: por meio de subscrição pública; ou por subscrição particular. Atualmente, encontra-se em desuso a constituição da companhia por subscrição pública[81]. Nos países da *common law*, não há a opção de constituição da companhia por essa modalidade. A companhia é formada por algumas pessoas e, se houver interesse em acessar o mercado de valores mobiliários, são feitos os registros no órgão regulador do mercado e nas bolsas de valores[82].

A compreensão da legislação que regula a sociedade anônima é dificultada pela existência de duas leis que tratam da matéria: a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre a sociedade anônima de capital fechado e sobre a sociedade anônima de capital aberto, e a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e a criação da Comissão de Valores Mobiliários. Além disso, a Lei nº 6.404/1976 contém dispositivos que estão mais relacionados ao mercado de valores mobiliários do que à regulação dos aspectos organizacionais da sociedade anônima de capital aberto. Os arts. 4º e 4º-A, modificado e incluído pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, dizem respeito, por exemplo, ao mercado de valores mobiliários, mas eles constam na lei societária.

A dificuldade é agravada pelo tratamento em conjunto na Lei nº 6.404/1976 de duas realidades distintas: a sociedade anônima de capital fechado e a sociedade anônima de capital aberto[83]. A previsão de estrutura idêntica para as pequenas e as grandes sociedades, ainda que adotando o critério de somente considerar fechadas aquelas que não têm os seus

---

[81] A constituição da sociedade anônima por subscrição pública implica submissão dos atos de oferta de ações ao público a formas solenes, normas imperativas e regulação estrita e fiscalização governamental (LAMY FILHO; BULHÕES PEDREIRA, 2009, p. 663).

[82] Embora em desuso, a Lei da Sociedade por Ações e boa parte da doutrina colocam em primeiro lugar na sua abordagem as regras de constituição da companhia por subscrição pública (LAMY FILHO; BULHÕES PEDREIRA, 2009, p. 664).

[83] Afirma-se que a lei brasileira, ao prever uma lei única para companhias fechadas e abertas, tem como premissa diminuir os custos de transação com eventuais alterações estruturais (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 238), mas a nosso ver se trata de duas realidades distintas.

valores negociados em bolsa ou mercado de balcão, significa embaraçar o funcionamento das pequenas sociedades, quando a lei deveria simplificá-lo (ARRUDA, 1987, p. 55). A nosso ver, o Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe a criação de um novo Código Comercial, deveria optar por regular dentro do Código a sociedade anônima de capital fechado, deixando as normas que tratam da sociedade anônima de capital aberto para a legislação especial.

A atuação da Comissão de Valores Mobiliários tem por objetivo reduzir custos de transação nas relações entre a sociedade anônima e o mercado[84]. O custo de obtenção de informações relevantes é reduzido pela atuação da Comissão de Valores Mobiliários ao expedir normas de conduta destinadas às sociedades anônimas[85]. A obrigatoriedade de revelação de informações relevantes diminui a assimetria de informações entre as partes na relação jurídica, prevenindo a ocorrência de litígios entre elas[86]. Além disso, fica mais fácil para o investidor escolher as empresas mais diligentes, diferenciando-se as boas empresas das ruins por meio da sinalização da qualidade. No âmbito do arranjo institucional do mercado brasileiro de valores mobiliários, compete à CVM o papel de administrar o registro das companhias abertas e fiscalizar a emissão de ações no mercado de valores mobiliários. Ela tem a missão de emitir regulação específica sobre os temas de interesse do mercado de valores mobiliários, visando à manutenção de um mercado saudável e de menor risco para os investidores nacionais e estrangeiros[87]. O estudo da evolução da Economia, conforme destacado anteriormente, mostra o deslocamento de boa parte da riqueza da propriedade individual para a propriedade de empresas de grande porte financiadas pela poupança popular. Cada vez mais, há um predomínio da sociedade anônima de capital aberto, com um poder de decisão maior para os administradores no caso de capital pulverizado e uma postura mais passiva dos acionistas detentores de pequena parcela do capital social, implicando uma separação entre

---

[84] A Comissão de Valores Mobiliários tem o papel principal de expedir normas de conduta com o objetivo de prevenir os litígios (CATEB, 2008, p. 269).

[85] É atribuição da Comissão de Valores Mobiliários desestimular o uso indevido de informações privilegiadas no mercado, estabelecendo punições administrativas no caso do seu descumprimento (CATEB, 2008, p. 270).

[86] É dever dos administradores da sociedade anônima aberta revelar as informações relevantes ao público investidor. Art. 157. [...] § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia [...] (BRASIL, 1976b).

[87] O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do norte-americano, concede à Comissão de Valores Mobiliários porção maior de competência regulamentar (CAMINHA; CARVALHO, 2009, p. 374).

propriedade e controle. Esse fenômeno justifica a criação de políticas adotadas pelo Estado, incluindo a manutenção de uma Comissão de Valores Mobiliários[88].

Tabela 7 – Fiscalização pela Comissão de Valores Mobiliários

Sociedade anônima de capital fechado	Sociedade anônima aberta
Sem fiscalização	Com fiscalização

A criação de uma sociedade anônima de capital aberto se dá por meio de uma escritura pública, a qual é submetida à apreciação da junta comercial antes de ser encaminhada junto com extenso rol de documentos para a bolsa de valores, sob a supervisão da CVM. A exigência de cumprimento de etapas burocráticas na junta comercial, a nosso ver, não é estritamente necessária. O registro da sociedade anônima em dois órgãos distintos representa duplicidade de obrigações que poderiam ser evitadas se houvesse uma maior racionalidade administrativa. Reforça esse entendimento a extinção do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC) e sua substituição pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão vinculado à Secretaria da Micro e Pequena Empresa, da Presidência da República. A supervisão das juntas comerciais, a partir de agora, será feita por órgão de uma secretaria direcionada aos problemas das micro e pequenas empresas, reduzindo-se a ênfase nas situações peculiares às grandes empresas (SHARP JÚNIOR, 2013). A edição de normas regulatórias por dois sistemas distintos, muitas vezes de forma contraditória, prejudica a segurança jurídica[89]. É possível aprimorar o arranjo institucional do mercado de capitais dispensando-se o registro das sociedades anônimas de capital aberto nas juntas comerciais e exigindo-se o seu registro tão somente na CVM[90].

A sociedade anônima de capital aberto é administrada por uma diretoria e por um conselho de administração. Há uma razão de natureza econômica para a constituição de um conselho de administração nas sociedades anônimas que contam com grande número de acionistas. A hipótese de todos os acionistas participarem de cada decisão da sociedade

---

[88] A minuta que resultou no Projeto de Lei nº 1.572/2011, que tramita na Câmara dos Deputados com o objetivo de criar um novo Código Comercial, prevê atribuir à Comissão de Valores Mobiliários um âmbito mais amplo de regulação das normas específicas da sociedade anônima aberta mediante a edição de atos normativos. Alega-se que o mercado de valores mobiliários é mais dinâmico do que a atualização legislativa, recomendando-se que a lei contenha apenas normas gerais (COELHO, 2011, p. 11).

[89] No âmbito da junta comercial, os custos de transação encontrados são a falta de previsibilidade, o pequeno número e a baixa qualidade do corpo técnico, a insuficiente informatização e a insegurança quanto aos limites do papel desempenhado pelo órgão (TIMM, 2010, p. 16).

[90] O arranjo institucional é o regramento específico de uma atividade econômica.

geraria grandes custos burocráticos, além de eles terem menor incentivo para cumprir adequadamente suas tarefas, já que as perdas associadas às decisões ruins seriam partilhadas com a grande quantidade de acionistas. Um controle mais eficiente é obtido com a criação de um conselho de administração, a quem incumbe de forma remunerada acompanhar as decisões da diretoria e a situação geral da sociedade. Nesse arranjo, os acionistas permanecem com o direito de avaliar a permanência dos administradores (ALCHIAN; DEMSETZ, 1972, p. 101), mas não precisam participar do dia a dia da sociedade.

Tabela 8 – Conselho de administração

Sociedade anônima de capital fechado	Sociedade anônima aberta
Dispensado	Obrigatório

Além da obrigação de contar com um conselho de administração, a sociedade anônima de capital aberto necessita custear a auditoria de suas demonstrações financeiras por auditores independentes[91]. A lei considera que o custo de auditar as contas das sociedades anônimas de capital aberto por profissionais independentes é menor do que os gastos individuais que os acionistas incorreriam para monitorar os administradores, caso não houvesse a previsão de auditoria independente[92].

Tabela 9 – Auditoria independente

Sociedade anônima de capital fechado	Sociedade anônima aberta
Dispensada	Obrigatória

4. Considerações finais

Apresentam-se a seguir as linhas conclusivas assumidas no presente trabalho.

A opção do empreendedor pelo tipo jurídico escolhido para o exercício da atividade econômica implica custos econômicos que os economistas chamam de custos de oportunidade. Os tipos jurídicos preferidos pelos empresários são o empresário individual sem a limitação de responsabilidade e a sociedade limitada.

O empresário individual sem a limitação de responsabilidade responde por suas obrigações sem qualquer separação do seu patrimônio

---

[91] Art. 177. [...] § 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. [...] (BRASIL, 1976b).

[92] Ao criar demonstrações financeiras obrigatórias para toda companhia, reduz-se a assimetria de informações entre os seus vários investidores (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 241).

pessoal ou limitação da responsabilidade pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial. Não havendo separação patrimonial, não há justificativa de natureza econômica que fundamente a obrigatoriedade de sua inscrição no registro mercantil.

A facilidade no registro e a simplicidade da disciplina do empreendedor individual colaboram para tornar o sistema de direito empresarial brasileiro menos difícil e complexo, tendo reflexo nos demais tipos jurídicos empresariais, facilitando a formatação jurídica da sociedade anônima simplificada. A ausência de limitação da responsabilidade do empresário individual significa que não há externalização de custos aos credores involuntários, risco moral da atividade desenvolvida ou privilégio perante os riscos da vida.

A empresa individual de responsabilidade limitada separa o patrimônio pessoal do seu titular daquele destinado à exploração da atividade econômica. A legislação exige a integralização de um capital mínimo de cem salários mínimos para a constituição da empresa. A obrigação de capital mínimo é contraproducente em relação ao empreendedorismo, já que o capital não se confunde com o patrimônio e não se consideram as diferenças no risco de cada atividade empresarial. Além disso, a obrigação afeta somente as atividades de menor porte e não se aplica aos demais tipos jurídicos previstos na legislação.

A constituição de uma sociedade agrega recursos de duas ou mais pessoas para o desenvolvimento de uma atividade econômica em que há vantagens na cooperação mútua. O contrato de sociedade é uma espécie de contrato relacional, de longo prazo e incompleto.

A sociedade limitada é de simples constituição e permite a limitação da responsabilidade dos sócios. A liberdade contratual propicia a descoberta de novos arranjos societários com vistas ao aumento dos resultados, propiciando o incremento do bem-estar da sociedade em geral. A feição privada e contratual da sociedade limitada está prevista no desenho jurídico do Código Civil: boa parte das regras societárias é decidida no contrato social. A disposição em lei de regras contratuais padronizadas diminui os custos de transação das partes contratantes, que não conseguem prever e regular antecipadamente todas as eventualidades que possam ocorrer após a celebração do contrato.

A sociedade anônima de capital aberto permite a existência de transações econômicas entre pessoas que não se conhecem, mediante a captação de recursos da economia popular. As regras da sociedade anônima de capital aberto são rígidas, detalhadas e complexas, deixando pouco espaço para preenchimento pelos acionistas. A regulação do mercado de valores mobiliários pela Comissão de Valores Mobiliários colabora para a redução do custo de obtenção de informações relevantes pelos sócios,

assim como a existência de um conselho de administração e a obrigação de uma auditoria independente.

Referências

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristiana Sena. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Instituições e cooperação social em Douglas North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 551-571, jul./set. 2011.

ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Produção. Custos de informação e organização econômica. (1972). *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 92-108, jul./set. 2005.

ARRUDA, Maria Clara da Silveira Villasboas. Companhia Aberta x Companhia Fechada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova série, São Paulo, v. 26, n. 65, p. 42-63, jan./mar. 1987.

ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. Campinas: Bookseller, 2001.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Coit. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 486, de 3 de março de 1969. Dispõe sobre escrituração e livros mercantis e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 3 mar. 1969.

______. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União,* Brasília, 17 jan. 1973.

______. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União,* Brasília, 9 dez. 1976ª.

______. Lei n. 6.404, de 15 de Dezembro de 1976. [Lei das S/As]. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976b.

______. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. [Lei dos juizados especiais]. Dispõe sobre os Juizados Especiais Civis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Brasília, 27 set. 1995.

______. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

______. Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. [Lei de falências]. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União,* Brasília, 9 fev. 2005.

______. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. [Super simples]. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei n. 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União,* Brasília, 15 dez. 2006.

CAMINHA, Uinie; CARVALHO, Lucas de Lima. Formalidades exigidas para o registro de companhias abertas nos Estados Unidos e no Brasil. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio.

Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. p. 335-377.

CATEB, Alexandre Bueno. Análise Econômica da Lei de Sociedades *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 263-271.

CHILE. Ministerio de economia. Ley n. 19.857, del 24 de enero de 2003. Autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada. Santiago: Subsecretaria de economia, fomento y reconstruccion, Santiago, 24 jan. 2003.

______; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise Econômica do Direito Societário. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 225-245.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3v.

______. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GONTIJO, Vinícius José Marques. A regulamentação das sociedades limitadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 810, p. 21-32, abr. 2003.

GORGA, Érica. *Direito Societário Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JORNADA DE DIREITO COMERCIAL I [23-24 de outubro de 2012]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2014.

JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/>. Acesso em: 8 ago. 2013.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. *Sociedade limitada ou anônima fechada?*: o novo dilema dos empreendedores nacionais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* Rio de Janeiro, ano 43, n. 133, jan./mar. 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. A disciplina legal das sociedades empresariais sob uma perspectiva de direito e economia. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 247-261, 2008.

______. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Stanford Law and Economics Olin Working Paper n. 316, nov. 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em: 26 de ago. 2013.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003.

PUTNAM, Robert. *Comunidade e democracia*: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

REIS, Marcelo Simões dos. O desenho jurídico do microempreendedor individual. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, n. 13, p. 157-179, jan./jun, 2010.

ROMERO, Ana Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11-35, jan./jun. 2006.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton: Elgar, 2005.

SHARP JUNIOR, Ronald. A problemática extinção do DNRC. *Valor Econômico*, São Paulo, 18 de jun. de 2013.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo M. D. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 131, p. 7-20, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. *A junta comercial e seu papel no desenvolvimento da economia*, 2010. Disponível em: <http://www.abde.com.br>. Acesso em: 17 maio 2013.

VERA, Flávia Santinoni. Consequências do Direito Brasileiro para o Empreendedorismo. *Agenda Legislativa para o Desenvolvimento Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2011.